Gesammelte

kleinere Schriften

über

Strafrecht, Civil- und Strafprocess.

Von

Dr. Julius Glaser

Sections-Chef im k. k. Ministerium für Cultus und Unterricht.

Zweiter Band.

Wien, 1868.

Verlag von Tendler & Comp.

(Julius Grosser)

C. Ueberreuter'sche Buchdruckerei (M. Salzer).

Inhalt.

Seite

XVIII. Entwurf eines Gesetzes über Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre (1861) 1
XIX. Gutachten für den deutschen Juristentag über die Behandlung der Preßvergehen (1866) 19
XX. Zur Anwendung des österreichischen Preßgesetzes 61
A. Rechtsgutachten über die Stellung des Eigenthümers einer Zeitschrift (1864) 63
B. Verbot eines Leihbibliothek-Cataloges (1863) 72
C. Das Erkenntniß auf Einstellung einer periodischen Druckschrift (1865) 77
XXI. Zur Reform des Strafprocesses 81
Vorbemerkung 83
1. Allgemeine Motive zum Entwurf einer Strafproceß-Ordnung (1863) 86
A. Anklagegrundsatz. Stellung der Staatsanwaltschaft, des Privatanklägers und des Beschädigten 98
B. Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens. Verhältniß der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung 115
C. Erleichterung der Lage des Angeschuldigten 139
D. Versetzung in den Anklagestand 148
E. Hauptverhandlung 167
F. Berufung 189
G. Nichtigkeitsbeschwerde 218
H. Wiederaufnahme des Strafverfahrens 229
I. Wiedereinsetzung gegen den Ablauf von Fristen . . 245
K. Verfahren in Uebertretungsfällen 247
2. Vorschlag zur Feststellung der leitenden Grundsätze für den Entwurf einer Strafproceßordnung (1863) 255
A. Anklagegrundsatz. Stellung der Staatsanwaltschaft, des Privatanklägers und des Beschädigten 255
B. Verhältniß der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung 257

Seite
D. Versetzung in den Anklagestand 265
E. Hauptverhandlung 265
F. Abstimmung der Richtercollegien 271
G. Verfahren in Uebertretungsfällen 271
3. Ueber zwei Vermittlungsvorschläge in dem Streit über die Beibehaltung der Berufung 274
I. Ist es möglich, durch Modificationen des Berufungssystemes die Hindernisse zu beseitigen, welche sich seiner Wiedereinführung und namentlich seiner Ausdehnung auf die schwereren Criminalfälle entgegenstellen? (1862) 274
II. Bemerkungen über einen neuen Vorschlag zur Regelung der Berufung in Strafsachen (1863) 284
XXII. Zur Reform des Civilprocesses 293
A. Ueber den französischen Civilproceß (1856) 295
B. Ueber Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (1859) 307
C. Grundlagen des mündlich-öffentlichen Civilprocesses (1860 und 1861):
I. Schriftliche Elemente im mündlichen Proceß . . . 351
II. Stellung des Beweisverfahrens 362
III. Rechtsmittel 390
D. Gegenwart und Zukunft des Haupteides (1855) . . . 403
E. Die Lehre vom Hauptreid im Entwurfe der Civilproceßordnung (1867) 436

XVIII.

Entwurf

eines Gesetzes über Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre.

Entwurf

eines Gesetzes über Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre.

Entwurf eines Gesetzes über Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre sammt Motiven.

(1861.)

Entwurf.

Die §§. 487—499 des allgemeinen Strafgesetzes haben künftig zu lauten:

§. 487 [1]). Wer einen Anderen (außer dem Falle des §. 209 St. G.) einer im allgemeinen Strafgesetz verbotenen, einer unsittlichen oder unehrenhaften Handlung beschuldigt; wer einen Anderen solche Eigenschaften oder Gesinnungen beimißt, vermöge welcher man sich von ihm unsittlicher oder unehrenhafter Handlungen zu versehen hätte; ferner wer eine solche von einem Dritten erhobene Beschuldigung weiter verbreitet, begeht, sofern er sich nicht auf einen der im §. 488 erwähnten Umstände berufen kann, eine Ehrenbeleidigung durch falsche Beschuldigung.

§. 488. Eine Verurtheilung auf Grund des §. 487 kann nicht stattfinden, wenn:

a.[2]) die Beschuldigung blos als Folgerung aus gleichzeitig unentstellt mitgetheilten wahren Thatsachen, oder

b.[3]) wenn die nicht öffentlich erhobene Beschuldigung im guten Glauben vorgebracht wurde;

c.[4]) wenn der Beweis der Wahrheit erbracht ist. Der Beweis

---

[1]) Baiern Entw. v. 1854 Art. 261, 262. Württemb. Art. 286. Braunschw. §. 199. Hannov. Art. 261. Hessen=D. Art. 303—305, 308. Baden §§. 284, 285, 287, 288, 289, 294. Preußen §. 156. Sachsen 235.

[2]) Hessen=D. Art. 305. Baden §. 294.

[3]) Württemb. Art. 289. Hessen Art. 305.

[4]) Oesterr. §§. 490, 491 Abs. 2. Württemb. Art. 290. Baiern Entw. Art. 263. Braunschw. §. 201. Hessen=D. Art. 315, 316, 317. Baden Art. 305, 309, 310. Preußen §. 157, 159.

einer durch das allgemeine Strafgesetz verbotenen Handlung ist durch den bereits erfolgten oder noch zu erwirkenden Ausspruch des zuständigen Gerichts zu führen; andere Beweismittel werden nur dann zugelassen, wenn die zu erweisende Handlung von Amtswegen zu verfolgen wäre und ihre Strafbarkeit bereits erloschen ist.

§. 489 [5]). Wird eine falsche Beschuldigung in einer Druckschrift vorgebracht, so ist sie als Vergehen, außerdem als Uebertretung zu bestrafen, und zwar im ersten Falle mit Arrest von drei Monaten bis zu einem Jahre, im zweiten mit Arrest von einer Woche bis zu sechs Monaten.

Wurde die Beschuldigung zwar öffentlich, aber in gutem Glauben vorgebracht, so ist auf Geldstrafe bis zu Einhundert Gulden zu erkennen.

§. 490 [6]). Wer die Ehre eines Andern durch Rede, Schrift, Zeichen, bildliche Darstellung oder durch Thätlichkeiten auf solche Weise angreift, welche nach herrschender Sitte oder nach der gemeinen Meinung als Beschimpfung gilt, macht sich — sofern hierin nicht eine schwerer verpönte Handlung zu erkennen ist — einer Ehrenbeleidigung durch Beschimpfung schuldig.

§. 491. Insbesondere gehören hierher:

a. [7]) Handlungen, welche die Schamhaftigkeit desjenigen verletzen, gegen welchen sie verübt werden;

b. [8]) Oeffentliche Mittheilungen über das Privatleben eines Anderen, ferner Beschuldigungen, hinsichtlich welcher einer der im §. 488 erwähnten Umstände eintritt, sofern aus der Form der Mittheilung oder Beschuldigung oder aus den Umständen, unter welchen sie erfolgte, die Absicht, den Anderen zu beschimpfen, deutlich zu erkennen ist.

Nur unter dieser Voraussetzung können als Beschimpfungen auch tadelnde Urtheile über die öffentliche Wirksamkeit eines Anderen, über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, ferner Aeußerungen, welche in Erfüllung einer Pflicht, zum Schutze oder in Ausübung eines Rechtes erfolgen, angesehen werden [9]).

---

[5]) Oesterr. §. 493.

[6]) Oesterr. §. 496, 491 St. G. u. §. 1339 a. b. G. B. Würtemb. §. 283. Braunschweig §. 198. Hannov. §. 264. Hessen Art. 308. Baden §. 291. Preußen §. 152. Sachsen Art. 239.

[7]) Baden §. 293. Hessen §. 308.

[8]) Oesterr. §. 489. Württemb. §. 290 Abs. 2. Hannov. Art. 267. Hessen-D. Art. 308. Baden §. 290, 294, 307, 308. Preußen 158. Sachsen Art. 238.

[9]) Preußen §. 154. Sachsen §. 240.

§. 492. Erfolgt die Beschimpfung in einer Druckschrift, so ist sie als Vergehen mit Arrest von einem bis zu sechs Monaten zu bestrafen; außerdem wird sie als Uebertretung mit Arrest bis zu acht Tagen bestraft; wurde sie jedoch öffentlich zugefügt, so ist auf Arrest bis zu drei Monaten zu erkennen.

Wird eine Beschimpfung sofort erwidert, so kann das Gericht die gegenseitigen Beleidigungen für beide Theile oder einen derselben als aufgehoben ansehen und demgemäß erkennen [10]).

§. 493 [11]). Die Untersuchung und Bestrafung wegen einer Ehrenbeleidigung kann nur auf Verlangen des Beleidigten stattfinden.

Sind durch dieselbe Handlung mehrere Personen beleidigt, so genügt das Verlangen einer derselben; die Anderen dürfen sich sodann zwar dem Strafverfahren anschließen, allein sie können wegen derselben Handlung eine neue Klage nur insofern anbringen, als die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zulässig erscheint.

Das Recht, wegen einer Ehrenbeleidigung Klage zu führen, steht zu:

1. [12]) wenn eine Ehegattin, oder eine unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehende Person angegriffen ist, sowohl ihr selbst, als auch ihrem Gatten, Vater oder Vormund.

2. wenn die Handlung gegen eine Körperschaft, einen Verein oder eine gesetzlich anerkannte Gesellschaft gerichtet ist, den zu deren Vertretung Berechtigten;

3. bei Angriffen gegen öffentliche Behörden sowohl dem Vorstand derselben, als auch der nächst höheren Behörde;

4. [13]) wenn der Angriff gegen den Ruf eines Verstorbenen gerichtet war, dem hinterbliebenen Ehegatten, den Eltern, Großeltern, Kindern und Enkeln des Verstorbenen, den in demselben Grad mit ihm Verschwägerten, ferner den Wahl- und Zieheltern, den Wahl- und Ziehkindern, dem Vormund, dem Mündel des Verstorbenen, sofern nicht bei dessen Tode das Recht, die Bestrafung zu verlangen, bereits erloschen war.

---

[10]) Württemb. Art. 293. Braunschw. §. 200. Baden §. 312. Preußen §. 153. Sachsen Art. 243.

[11]) Oesterr. §. 495. Baiern Entw. Art. 265, 266. Württemb. Art. 391. Hannov. Art. 269 II. Hessen §. 319, 321. Baden §. 315—317. Preußen §. 160. Sachsen Art. 246.

[12]) Württemb. Art. 292, Preußen §. 162.

[13]) Hessen §. 321. Baden §. 121.

§. 494.[14]) Bei wechselseitigen Ehrenbeleidigungen kann derjenige Theil, welcher selbst nicht innerhalb sechs Wochen Klage geführt hat, die Klage noch bis zu der auf Begehren des anderen Theiles angeordneten Verhandlung nachtragen.

§. 495.[15]) Erfolgt eine Verurtheilung wegen einer Ehrenbeleidigung, so ist es namentlich als erschwerend anzusehen:

1. wenn dieselbe gegen das Oberhaupt eines mit Oesterreich in anerkanntem völkerrechtlichen Verkehre stehenden Staates, oder gegen einen bei der österreichischen Regierung beglaubigten, mit öffentlichem Charakter bekleideten Vertreter eines solchen Staates, oder

2. wider Personen gerichtet war, zu welchen der Beleidiger zur Zeit der zugefügten Beleidigung in einem Verhältniß stand, welches ihn zur Dankbarkeit oder ehrerbietigem Benehmen besonders verpflichtete;

3 wenn dem Beleidigten durch die Beleidigung ein empfindlicher Nachtheil zugefügt wurde, oder wenn ein solcher für ihn daraus leicht hätte entstehen können,

4. wenn durch die Ehrenbeleidigung mit Rücksicht auf den Ort ihrer Verübung der öffentliche Anstand verletzt, oder wenn durch dieselbe Geringschätzung gegen ganze Klassen oder Stände der bürgerlichen Gesellschaft, gegen Religionsgesellschaften oder Nationalitäten absichtlich an den Tag gelegt wurde.

§. 496.[16]) Wurde die Ehrenbeleidigung öffentlich zugefügt, so kann auf Verlangen des Privatanklägers die öffentliche Bekanntmachung des Strafurtheils auf Kosten des Verurtheilten angeordnet werden, wobei das Gericht Art und Zeit der Bekanntmachung nach Beschaffenheit der Umstände zu bestimmen hat.

§. 497.[17]) Wer außer dem Falle des §. 487 über die persönlichen Verhältnisse eines Anderen falsche, demselben nachtheilige Nachrichten verbreitet, macht sich einer Uebertretung, und wenn er sich dazu einer Druckschrift bedient, eines Vergehens schuldig, und wird auf Verlangen des Betheiligten mit Arrest von einer Woche bis zu drei Monaten bestraft. Wurde die Nachricht zwar in gutem Glauben, aber öffentlich

---

14) Preußen §. 161.

15) Oesterr. §. 494, 496. Württemb. Art. 284. Hannov. Art. 265. Hessen Art. 307, 309. Sachsen Art. 241. Baden §. 299, 319.

16) Oesterr. §. 493. Baiern Entw. Art. 267. Braunschw. §. 203. Hessen Art. 306 318. Preußen §. 163. Sachsen Art. 245.

17) Braunschweig §. 202.

verbreitet, so tritt Geldstrafe bis zu fünfzig Gulden ein; die Bestimmung des §. 496 findet auch hier Anwendung.

§. 498.[18]) Wer einem Anderen, in der Absicht ihn zu schmähen, eine gegen ihn verhängte Untersuchung oder Strafe vorwirft, ist einer Uebertretung schuldig, und wird auf Verlangen des Betheiligten mit Arrest bis zu einer Woche bestraft.

§. 499.[19]) Wer ein ihm vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes bekannt gewordenes Privatgeheimniß jemand Andern als der amtlich anfragenden Behörde entdeckt, ist einer Uebertretung schuldig, und wird auf Verlangen des Betheiligten mit einer Geldbuße bis zu zweihundert Gulden, im Wiederholungsfalle mit Arrest von einer Woche bis zu drei Monaten belegt.

---

[18]) Oesterreich §. 497.

[19]) Oesterreich §§. 498 und 499. Preußen §. 155.

Motive.

Unter den Gütern, welche dem Leben Werth verleihen, und welche auch der Wohldenkende nur mit Widerstreben unter die alleinige Obhut des Staates stellt, steht die Ehre oben an. Je höher die Gesittung in einem Staate steigt desto lebhafter wird der Werth dieses Gutes in immer weiter werdenden Kreisen des Volkes empfunden und immer mehr wird die Lebhaftigkeit des Ehrgefühls aus einem Merkmal der höheren Stände zu einer Eigenschaft des gesammten Volkes. Diese Erscheinung kann vom Gesichtspunkte der Gesetzgebung aus nur mit Befriedigung betrachtet werden; auf das Ehrgefühl des Volkes ist die gesammte Einrichtung des Heeres gebaut, und wenn die Gesetze die persönliche Freiheit mit festen Schutzwehren umgeben, wenn die Verfassung die gesammte Bevölkerung zur Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten beruft, so muß gerade darauf gerechnet werden, daß jeder Einzelne, bei dem weiten Spielraume der seiner Willkür eingeräumt ist, sich durch das Gesetz der Ehre auch noch da gebunden fühle, wo er weder Strafe, noch einen anderen Eingriff der Behörde zu besorgen hat.

Schon diese gesteigerte Lebhaftigkeit des Ehrgefühls macht es mehr als je nothwendig, daß die Gesetzgebung einen wirksamen Schutz gegen Angriff auf die Ehre in Aussicht stelle. Das Bedürfniß nach einem solchen macht sich noch fühlbarer durch den Eintritt in verfassungsmäßige Zustände; die mit denselben untrennbar verbundene politische Bewegung erhöht die Gefahr leidenschaftlicher Angriffe der Privaten gegen einander; auch kann das Gesetz dem Bürger die Betheiligung an öffentlichen Angelegenheiten nicht zur Pflicht machen, ohne ihm zu gleicher Zeit einen erhöhten Schutz gegen Angriffe zu gewähren, welchen er in der Zurückgezogenheit des Privatlebens überhaupt nicht oder nur in viel geringerem Maße ausgesetzt war.

Ist aber aus diesen Gründen ein strenges und wirksames Gesetz gegen Angriffe auf die Ehre nothwendig, so ist es doch auch mehr als

je nöthig, daß dieses Gesetz bestimmt und klar sei. Personen und Maßregeln oder Ansichten sind nicht immer von einander zu trennen; man kann die Einen nicht besprechen, ohne auch die Anderen zu berühren und die Erörterung der Sachen würde aufhören, eine freie zu sein, wenn die Grenze, wo sie in einen Angriff auf die Personen übergeht, nicht deutlich abgesteckt wäre.

Aus diesen Gründen schien es nothwendig, das den Vergehen und Uebertretungen gegen die Sicherheit der Ehre gewidmete Hauptstück des zweiten Theiles des Strafgesetzes v. 27. Mai 1852 in dem oben dargelegten Sinne, und mit Benützung der neueren legislativen Arbeiten in den deutschen Nachbarstaaten, umzuarbeiten.

Nach den dem Entwurf zu Grunde liegenden Gedanken, kann die Ehrenbeleidigung nur in zwei Formen begangen werden: Entweder dadurch, daß jemand den guten Namen eines Anderen zu untergraben, dritten Personen die Meinung beizubringen sucht, daß er ein ihrer Achtung unwürdiger Mensch sei, (falsche Beschuldigung) oder dadurch, daß jemand einen Anderen verächtlich behandelt, gegen ihn ein Benehmen einhält, welches eigens darauf berechnet ist, ihm zu zeigen, daß man ihm jene Achtung versage, die ein Mensch dem Anderen schuldig ist (Beschimpfung). Diese beiden Formen der Ehrenbeleidigung sind in ihrem ganzen Wesen von einander verschieden. Die Beschuldigung greift den guten Namen an, der sorgfältig geschützt werden muß, weil er leicht unheilbar beschädigt werden kann; allein der gute Name ist ein Besitz, in welchem nur derjenige erhalten werden kann, der ihn verdient. Die Beschimpfung ist ein Angriff auf die Persönlichkeit, gegen welchen im modernen Staate, der keine Ehr- und Rechtlosen kennt, Jeder geschützt werden muß. Erstere wendet sich an dritte Personen und trifft den Angegriffenen nur in ihrer Rückwirkung; die Beschimpfung dagegen ist immer der Sache nach, wenn auch manchmal nicht der Form nach, ein Angriff, welcher sich unmittelbar gegen den Beleidigten richtet. Durch die Beschuldigung sucht man dritten Personen eine schlechte Meinung von dem Beleidigten beizubringen; durch die Beschimpfung will man zunächst nur die eigene schlechte Meinung von ihm an den Tag legen. Bei der Beschuldigung ist die Endabsicht gleichgiltig; es kommt nur auf die Handlung und auf das Bewußtsein von derselben an, auf den Inhalt der Beschuldigung, auf ihre Wahrheit oder Unwahrheit, eventuell auf den guten oder schlechten

Glauben des Handelnden. Bei der Beschimpfung dagegen ist die Endabsicht Alles, die Handlung selbst kommt nur in Betracht soweit sich in ihr die Absicht (der animus injuriandi) verräth und verkörpert. Bei der Beschuldigung ist der Sinn der Aeußerung allein entscheidend, die Form vollkommen gleichgiltig; bei der Beschimpfung tritt das umgekehrte Verhältniß ein.

Die Strafbestimmungen über die falsche Beschuldigung (§§. 487 bis 489) sollen denjenigen treffen, welcher über einen Anderen die Meinung zu verbreiten sucht, daß er ein unehrenhafter Mensch sei. Bei der Bezeichnung des Inhaltes der Beschuldigung ging der Entwurf von der Erwägung aus, daß es vergebliches Bemühen wäre, den Begriff der Ehre in umschreibende Worte fassen zu wollen. Durchaus abhängig von der Meinung der Menschen wird die Ehre weit eher durch das Gefühl, als durch den Verstand begriffen, und es schien daher zweckmäßig, auch den Richter (durch das Wort „unehrenhaft") lediglich auf das Gefühl von Ehre zu verweisen, das er mit seinen Mitbürgern theilt. Nur das Eine mußte ausdrücklich erwähnt werden, daß der Richter das Begehen strafbarer oder unsittlicher Handlungen niemals als mit der Ehre vereinbar erklären dürfe; es war dies um so wichtiger, weil gerade die Andichtung einer strafbaren Handlung von sehr schweren Nachtheilen begleitet sein kann.

Was die Art der Vorbringung der Beschuldigung betrifft, so war der Entwurf bedacht, sich der allgemeinen Ausdrücke zu bedienen, so daß sie jede Rede, Mittheilung oder sonstige Veranstaltung umfassen, vermöge welcher Jemand einen Anderen in den Verdacht einer bestimmten Handlung zu bringen sucht, welche er nicht begangen haben kann, ohne straffällig zu erscheinen, oder als ein unehrenhafter Mensch angesehen zu werden.

Eine Möglichkeit mußte indeß noch besonders berücksichtigt werden. Die Absicht, den guten Namen eines Anderen zu untergraben, führt nicht immer geradezu zur Erzählung einer bestimmten unehrenhaften Handlung; oft wird der Weg gewählt, daß über den Charakter eines Menschen ein Urtheil gefällt wird, welches sich nach der Art, wie es vorgebracht wird, nur daraus erklären läßt, daß dem Redenden unsittliche oder unehrenhafte Handlungen, oder doch wenigstens andere Thatsachen bekannt seien, welche ihn berechtigen, ein solches Urtheil über den sittlichen Werth des Angegriffenen zu fällen. Auch hier läuft also die Hand-

lungsweise darauf hinaus, Anderen die Meinung beizubringen, als ob Thatsachen vorlägen, welche dem Angegriffenen zur Unehre gereichen.

Die Einbeziehung dieses Falles unter den Begriff der Ehrenbeleidigung durch falsche Beschuldigung, schien daher unumgänglich nöthig, wenn nicht gerade die gefährlichste Form der Verleumdung, diejenige nämlich, wider welche man sich nicht vertheidigen kann, der wohlverdienten Strafe entgehen sollte.

Weiter zu gehen war jedoch dem Entwurfe nicht gestattet. Wenn manche Gesetze bei diesem Anlasse auch die Beilegung verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen im Allgemeinen erwähnen, so werden zwei durchaus verschiedene Fälle zusammen geworfen. Es ist nämlich bekannt, daß Redewendungen dieser Art nicht selten unter Umständen vorgebracht werden, unter welchen es deutlich erkennbar ist, daß weder der Redende dem Angegriffenen bestimmte Thatsachen zur Last legen will, noch irgend Jemand die Aeußerung in diesem Sinne auffaßt, sondern lediglich der Haß, die Verachtung des Einen gegen den Andern an den Tag gelegt werden soll.

Solche Fälle haben mit der falschen Beschuldigung nichts gemein, sie sind ihrer Form, nicht ihres Inhaltes wegen, Angriffe auf die Ehre, und fallen deshalb unter den Begriff der Beschimpfung.

Die weitere im §. 487 enthaltene Gleichstellung des Verbreiters einer Beschuldigung mit dem Urheber derselben, ist im Allgemeinen in der Natur der Sache und in der Nothwendigkeit gegründet, einer ränkevollen Abwälzung der Verantwortlichkeit vorzubeugen. Allerdings kann der Verbreiter einer falschen Beschuldigung leichter im guten Glauben gehandelt haben, als der Urheber derselben; in diesem Falle wird ihm aber auch die Rechtswohlthat des §. 488, oder wenn er so unvorsichtig war, eine bloße Privatmittheilung öffentlich weiter zu tragen, ohne daß seine Mittheilung als Folgerung aus gleichzeitig mitgetheilten wahren Thatsachen erscheint, wenigstens die im §. 489, Abs. 2 angeordnete wesentliche Strafmilderung zu Statten kommen.

Dem Schlußabsatze des §. 487 liegt die Erwägung zu Grunde, daß zwar Niemand das Recht habe, einem Anderen unehrenhafte Thatsachen anzudichten und daß der Grundsatz aufrecht erhalten werden müsse, vermöge dessen Niemand seine Ehrenhaftigkeit zu beweisen hat, vielmehr diese so lange als vorhanden angesehen wird, als das Gegentheil nicht klar erwiesen ist, — daß aber auch das Recht, die Wahrheit

im anständigen Ton zu sagen, selbst wenn sie einem Anderen zu Ungunsten gereicht, Niemand abgesprochen werden darf.

Eine Beschuldigung wird also, falls sie nicht ihrer Form wegen zugleich als Beschimpfung strafbar ist (§. 491) straflos bleiben, wenn der wegen derselben zur Rede Gestellte den Beweis der Wahrheit zu erbringen vermag.

In Bezug auf die Beweisführung muß im Allgemeinen dasjenige gelten, was das Beweisrecht der jeweiligen Strafproceß-Ordnung feststellt; nur in dem Falle bedarf es einer besonderen Bestimmung, wo der Beweis einer strafbaren Handlung angeboten wird.

Aus naheliegenden Gründen darf der Ausspruch, daß eine solche von einer bestimmten Person wirklich verübt sei, nur dem hinsichtlich derselben zuständigen Strafrichter überlassen bleiben.

Aus dieser Voraussetzung ergeben sich von selbst nachstehende Folgerungen:

1. Ist die Untersuchung bereits anhängig, so ist deren Ausgang abzuwarten.

2. Ist dies zwar nicht der Fall, allein es werden Behauptungen oder Beweise vorgebracht, welche im Sinne der allgemeinen Gesetze dem Richter der Ehrenbeleidigung, wie jeder Behörde, die Verpflichtung auferlegen, die Anzeige an den zuständigen Richter zu erstatten, so tritt dasselbe Verhältniß ein.

3. Liegen dagegen lediglich Behauptungen vor, auf welche weiter einzugehen kein Grund vorhanden ist, oder ergibt sich sonst, daß der Richter, an welchen die Anzeige zu erstatten wäre, sie sofort verwerfen müßte (z. B. wenn das erforderliche Verlangen des Betheiligten fehlt, wenn ein freisprechendes in seiner Rechtskraft unberührtes Erkenntniß vorliegt), so wird die Einrede der Wahrheit zurückgewiesen.

Alles Vorstehende kann aber nur in jenen Fällen Geltung haben, wo eine Bestrafung wegen der dem Andern beigemessenen Handlung noch rechtlich zuläßig wäre. Es muß dagegen gestattet sein, den Beweis einer durch Tod, Verjährung oder Ersatz der Strafe entrückten Handlung unmittelbar bei der Verhandlung wegen Ehrenbeleidigung selbst auszuführen. Auch hievon muß jedoch eine Unterausnahme rücksichtlich solcher Handlungen gemacht werden, welche nur auf Verlangen eines Betheiligten verfolgt werden dürfen.

Diese nothwendige Strenge der Bestimmungen über den Beweis der Wahrheit, ferner die Möglichkeit, daß dem befangenen Urheber oder Verbreiter einer Beschuldigung Manches unzweifelhaft erscheinen kann, was dem Richter zweifelhaft bleibt und ihn abhalten muß, den Beweis der Wahrheit für erbracht zu erklären; alles dies fordert nunmehr auch auf, denjenigen, der, vielleicht durch ein wichtiges Interesse, durch einen löblichen Beweggrund dazu bestimmt, eine Beschuldigung erhebt, vor unverdienter Strenge zu schützen. Die eindringlichste und dabei würdigste Art der Beschuldigung erhält nun durch litt. a des §. 488 den ausgiebigsten Schutz: wer mit seiner Person sich nicht vordrängt, nur die Dinge, welche zu ihm sprachen und ihn überzeugten, auch zu Anderen reden läßt, wer die Gründe, welche ihm eine nachtheilige Meinung von dem Charakter eines Anderen beibringen, wahrheitsgetreu darlegt, der kann die Folgerung, welche er daraus zieht, unverhohlen aussprechen. Er muß der Verantwortung immer entgehen: wenn die Folgerung richtig ist, weil sie dann auch den Richter überzeugt, — wenn sie unrichtig ist, weil jedermann in der Lage war, ihre Richtigkeit zu prüfen und also durch sie allein niemand irre geführt werden konnte.

Allein auch außer diesem Falle verträgt es sich nicht mit der Gerechtigkeit, dem Uebelwollenden, welcher wissentlich Falsches verbreitet, Denjenigen gleichzustellen, der dabei im guten Glauben ist.

Handelt es sich hiebei um eine blos zwischen einzelnen Personen vorgefallene Mittheilung, so kann man wohl unbedenklich volle Straflosigkeit eintreten lassen; es hieße dem Privatverkehr einen fast unerträglichen Zwang auferlegen, wenn auch hier die Forderung des Sittengesetzes, vermöge welcher Niemand einem Anderen etwas Böses nachreden soll, ohne auf das Sorgfältigste die Gründe der Beschuldigung geprüft zu haben, unter die Sanction des Strafgesetzes unbedingt gestellt würde. Ohnehin bleibt derjenige, welcher durch leichtfertige Reden einem Anderen einen materiellen Schaden zufügte, für sein Verschulden civilrechtlich verantwortlich. Demjenigen dagegen, welcher eine Beschuldigung öffentlich erhebt, kann mit Recht die Verpflichtung auferlegt werden, die sorgfältigsten und umfassendsten Vorsichtsmaßregeln gegen eine etwaige Selbsttäuschung zu ergreifen, ehe er es unternimmt, der Ehre eines Anderen eine so tiefe, vielleicht eine unheilbare Wunde zu schlagen.

Der Gesetzgeber muß hier vor Allem die Lage des durch eine falsche Beschuldigung öffentlich Angegriffenen in's Auge fassen, und ihm unter jeder Bedingung zur vollen Reinigung seiner Ehre verhelfen. Diese ist jedoch durch nichts Anderes zu erlangen, als durch die Verurtheilung des Gegners wegen falscher Beschuldigung. Ein Urtheil, welches den Beweis der Wahrheit zwar für nicht erbracht erklärt, allein dennoch den Angeklagten freispricht, weil er „gute Gründe“ gehabt, die Beschuldigung für wahr zu halten, würde die Wunde wieder aufreißen, statt sie zu schließen.

Die Gesetzgebung hat also nur zu wählen zwischen dem Urheber und zwischen dem Opfer einer falschen Beschuldigung, da sie den einen nicht freisprechen kann, ohne den Anderen wenigstens moralisch zu verurtheilen. Allerdings aber wird in dem Falle, wo der Angreifer in gutem Glauben gehandelt, eine beträchtlich geringere, eine bloße Geldstrafe genügen.

Die Begriffsbestimmung der Beschimpfung (§§. 490 und 491) ist in dem früher bezeichneten Sinne weit genug gefaßt, um jeden Fall einzuschließen, in welchem Jemand nach den hier allein maßgebenden allgemeinen Anschauungen sich als beschimpft ansehen muß; sie weist aber auch deutlich genug darauf hin, daß der Richter sich davor zu hüten habe, mit der Beschimpfung den bloßen Mangel an Höflichkeit oder an artigem Betragen, die Verletzung hochgespannter eitler Ansprüche, kurz dasjenige zu verwechseln, was Jenen, dem es widerfährt, zwar unangenehm berühren mag, aber nicht als eine absichtliche Verletzung der Persönlichkeit, als eine demonstrative Versagung jener Achtung erscheint, die Niemand dem Anderen absprechen darf.

Der Richter ist für die Beantwortung dieser Frage in objectiver Beziehung an das Criterium gewiesen, welches für die Frage, ob eine Beschimpfung vorhanden sei, allein entscheiden kann, nämlich an die herrschende Sitte, an die gemeine Meinung, an welcher er selbst gleich allen Anderen Antheil hat. Das Gesetz gestattet ihm nicht, seine etwa abweichende persönliche Meinung über die herrschende Sitte und Ansicht zu setzen: es will ihn aber auch nicht in die peinliche Lage bringen, auf Grund einer abstracten, dem Leben abgewandten Formel demjenigen die Genugthuung versagen zu müssen, welcher sich mit Recht nicht blos nach seiner eigenen, sondern nach der allgemeinen Meinung für be=

schimpft halten muß. Außerdem wird aber der Richter sich von dem Vorhandensein der injuriösen Absicht mit Benützung aller Mittel, welche ihm der Strafproceß zur Verfügung stellt, zu überzeugeu suchen müssen.

Dieses letztere Erforderniß muß namentlich hinsichtlich der im §. 491 lit. b erwähnten Mittheilungen oder Beschuldigungen hervorgehoben werden, weil hier die Strafbarkeit durchaus von der Intention, in welcher die Aeußerung vorgebracht wird, abhängen muß. Es läßt sich nicht verkennen, daß die Gesetzgebung hier vor einem sehr schwierigen Problem steht. Beschuldigungen rücksichtlich wahrer oder doch für wahr gehaltener Thatsachen können aus erlaubten oder berücksichtigungswerthen oder doch wenigstens aus entschuldbaren Motiven hervorgehen, ja es kann Verhältnisse geben, unter welchen dieselben gar nicht zu umgehen sind, oder doch wenigstens derjenige, der sie vorbringt, sie für unentbehrlich hält. Andererseits darf selbst derjenige, wider welchen Beschuldigungen unehrenhafter Handlungen und Gesinnungen mit Grund vorgebracht werden können, nicht schutzlos dem Muthwillen und der Bosheit eines Jeden preisgegeben werden. Das Gesetz, welches selbst den verurtheilten Verbrecher nicht ohne Grund gegen den schmähenden Vorwurf seiner That und ihrer Folgen in Schutz nimmt, hat natürlich eine noch dringendere Verpflichtung, denjenigen zu schützen, welcher sich minder schwere Verletzungen der Gesetze des Staates, der Sittlichkeit und der Ehre zu schulden kommen läßt.

Ueberall, wo eine solche Beschuldigung blos aus Muthwillen oder Bosheit vorgebracht wird, oder wo zwar ein anderes Motiv zu erkennen ist, die Form der Aeußerung aber die Absicht, der Person Verachtung zu bezeigen, außer Zweifel setzt, muß die Bestrafung möglich sein; denn es kann nöthig oder doch entschuldbar sein, gewisse Dinge zu sagen, niemals aber Schmähungen, rohe und leidenschaftliche Ausfälle vorzubringen. Das eben Gesagte gilt in noch viel höherem Grade von öffentlichen Mittheilungen über das Privatleben eines Anderen. Solche Mittheilungen können in der besten oder doch in einer sehr harmlosen Absicht gemacht werden; es kann Fälle geben, wo sie gar nicht zu vermeiden sind, allein Jeder fühlt doch auch, daß solche Mittheilungen ein Mittel sein können, das die Frechheit oder Bosheit wählt, um einen Anderen auf das Tiefste zu verwunden. Soll nun zwischen diesen so wesentlich verschiedenen Arten der Mittheilungen die Grenzlinie gezogen werden,

so kann sie keineswegs durch eine Untersuchung gewonnen werden, welche sich auf die Beschaffenheit der mitgetheilten Thatsachen bezieht; weil sich eben nicht voraus bestimmen läßt, welcher Art die Thatsachen sein können, deren Veröffentlichung Jemand mit Recht als Beschimpfung empfinden kann. Es geht also nicht an, dieselben durch „ehrenrührig“ oder auf irgend eine andere Art zu charakterisiren. Macht man die Bestrafung einer Mittheilung davon abhängig, daß eine ehrenrührige Thatsache des Privatlebens veröffentlicht wurde, so wird der Beleidigte schwerlich den Muth haben, die Hilfe des Richters anzugehen; seine eigene Klage müßte sich ja auf das Zugeständniß stützen, daß die gegen ihn vorgebrachte Thatsache ehrenrührig sei, und um die Bestrafung seines Gegners zu erlangen, müßte er sich bemühen auch den Richter davon zu überzeugen. Andererseits würde der Richter sehr oft genöthiget sein, entweder eine wahrhaft kränkende Aeußerung straflos zu lassen, oder durch seinen Ausspruch das Vorurtheil zu verstärken, vermöge dessen die Mittheilung eben so kränkend ist.

Es genügt in dieser Hinsicht an den Vorwurf unehelicher Geburt, solcher geheimer Leibesgebrechen, welche nicht Folgen unsittlicher Lebensweise sind u. dgl. hinzuweisen; selbst kleine Schwächen, welche weit davon entfernt sind, der wahren Ehre dessen, dem man sie nachsagen kann, Abbruch zu thun, sind doch wieder so beschaffen, daß es verletzen muß, wenn sie öffentlich zur Sprache gebracht werden. Der Richter wird auch hier jeden Fall nach seiner individuellen Beschaffenheit beurtheilen und verurtheilen, wenn die Absicht zu beschimpfen erkennbar ist, sonst aber freisprechen. In gleicher Weise ist durch den Schlußsatz des §. 491 die Freiheit des Urtheils, die Freiheit der Rede im vollsten Umfange einem Jeden gewahrt, der das Wort zu einem erlaubten Zwecke, nicht lediglich um einen Anderen zu verunglimpfen, ergreift und der es in einer den Regeln des Anstandes und der Gesittung entsprechenden Weise führt.

Hinsichtlich der Strafbestimmung (§. 492) ist zu bemerken, daß das Minimum deßhalb so tief gegriffen werden mußte, weil §. 490 auch die nicht öffentlichen Beschimpfungen mit umfaßt, welche bisher unter Hinweisung auf §. 1339 a. b. G. B. mit einer arbiträren Strafe belegt zu werden pflegten.

Die Bestimmung, vermöge welcher Beschimpfungen für gegenseitig aufgehoben erklärt werden können, entspricht einem Bedürfniß, welches

so lebhaft in der Praxis empfunden wird, daß es schon auf Grund des bisherigen Gesetzes versucht wurde, den Grundsatz einzubürgern.

Der Entwurf läßt übrigens dem Richter die vollste Freiheit bei Abwägung der gegenseitig zugefügten Unbill, so daß es ihm unbenommen bleibt, den Angreifer noch mit einer kleinen Strafe zu belegen, wenn der Angegriffene bei Zurückweisung und Erwiederung einer Beschimpfung sich mäßig genug benommen hat, um dies zu rechtfertigen, oder umgekehrt.

Mannigfache Zweifel und Bedenken, welche sich hinsichtlich der Geltendmachung des Klagerechtes wegen Ehrenbeleidigungen ergeben, schienen es nöthig zu machen, die wichtigsten dieser Fragen auf legislativem Wege zu entscheiden (§. 493).

Maßgebend war dabei die Rücksicht, einerseits jedem Berechtigten die Geltendmachung seiner Rechte möglich zu machen, andererseits aber auch den Angeklagten gegen eine endlose Ernennung der Angriffe wegen einer und derselben Handlung zu schützen, sowie zu verhüten, daß Mitglieder eines geschlossenen Ganzen durch voreilige Schritte die Gesammtheit in eine schiefe Stellung bringen.

Wird ein Beamter oder eine Behörde angegriffen, so kann es unter Umständen ganz passend sein, daß der vorgesetzten Behörde ein Mittel geboten ist, die Sache zum gerichtlichen Austrag selbst ohne Begehren des zunächst Angegriffenen zu bringen, wie wenn er eben solcher Handlungen beschuldigt ist, wegen welcher ihn die vorgesetzte Behörde zur Verantwortung ziehen müßte. Andererseits kann es mitunter wieder ganz gerecht sein, daß die vorgesetzte Behörde sich des Angegriffenen vor Gericht annimmt, und ihm die Kosten und die peinliche Stellung erspart, in welche in Processen dieser Art der Ankläger auch im günstigsten Falle leicht geräth.

Die im §. 494 aufgenommene Bestimmung entspricht (gleich der des §. 492 Abs. 2) einem in der Praxis lebhaft gefühlten Bedürfniß und wird dem Richter eine gerechte Entscheidung in vielen Fällen möglich machen, in welchen er bisher durch die Unvorsichtigkeit des Einen oder durch die schlaue Berechnung des Anderen gehindert war, eine der distributiven Gerechtigkeit vollkommen entsprechende Entscheidung zu fällen.

Aus Anlaß des §. 495 ist nur über Z. 1 zu bemerken, daß die frühere Fassung auch auf solche Vertreter auswärtiger Staaten sich zu

beziehen schien, welche nicht bei der österreichischen Regierung beglaubigt sind.

Nach den eigentlichen Ehrenbeleidigungen behandelt der Entwurf einige verwandte Fälle. Unter diesen obenan steht eine dem bisherigen Rechte fremde, aber auch vielfach vermißte Bestimmung (§. 497).

Es kann nämlich Fälle geben, wo eine Mittheilung nicht als Verleumdung oder falsche Beschuldigung strafbar wird, weil sie überhaupt nicht oder doch nicht unbedingt sich auf eine unehrenhafte Handlung bezieht, und ebensowenig als Beschimpfung, weil entweder berechnende Bosheit oder Leichtfertigkeit, nicht aber animus injuriandi als Beweggrund der Handlung erscheint.

Es genügt wohl, als Beispiel den oft vorgekommenen Fall anzuführen, wo fälschlich die Nachricht verbreitet wird, daß ein Handlungshaus die Zahlungen eingestellt habe. Es liegt am Tage, daß dem durch solche Aeußerungen Betroffenen ein Mittel der Abhilfe geboten sein muß, und daß eine durchgreifende Abhilfe hier wie bei falschen Beschuldigungen oft nur in einem die Unwahrheit des Gerüchtes konstatirenden Erkenntniß gefunden werden kann.

Eben deßhalb mußten auch hier dieselben Unterscheidungen rücksichtlich der Oeffentlichkeit der Aeußerung und des guten Glaubens des Urhebers oder Verbreiters der Nachricht beobachtet werden wie bei der falschen Beschuldigung.

In den §§. 498 und 499, welche der Sache nach dem bisherigen Rechte entsprechen, ist, abgesehen von der Vereinfachung der Fassung im §. 498 und von der Generalisirung bei §. 498 und 499 des bisherigen Gesetzes, nur die Bestimmung neu, daß die Verfolgung nur auf Verlangen des Betheiligten stattfinden solle.

Die im §. 498 des bisherigen Gesetzes angeordnete Einstellung der Praxis ist eine unverhältnißmäßig strenge Strafe und die Androhung derselben muß um so bedenklicher erscheinen, da die Verhängung derselben in erster Instanz einem Einzelrichter anheimgestellt war. Der Entwurf hat demnach Geld- und für den Wiederholungsfall Arreststrafe an die Stelle gesetzt.

XIX.

Gutachten

für den deutschen Juristentag über die Behandlung der Preßvergehen.

Gutachten für den deutschen Juristentag über die Behandlung der Preßvergehen *).

(1866.)

Der erste Deutsche Journalistentag hat folgende Sätze als die nothwendigen Grundlagen einer rechtlichen Stellung der Presse aufgestellt:

„1. Strenge Ausschließung jeder Präventivmaßregel, also insbesondere jeder Art von Concessionen, desgleichen der Einreichung von Pflichtexemplaren vor der Herausgabe eines Preßerzeugnisses und der Cautionen.

2. Strenge Ausschließung jedes administrativen Ermessens, insbesondere jeder Art von Verwarnungen und darauf gegründeter Unterdrückung eines Blattes; Ausschließung jeder polizeilichen Beschlagnahme.

3. Vollständige Unabhängigkeit der Gerichte, volle Oeffentlichkeit und Verweisung der Preßprocesse vor die Geschwornengerichte.

4. Anwendung der allgemeinen Strafgesetze und Rechtsgrundsätze (z. B. hinsichtlich der Haftbarkeit) auch auf die Presse unter Ausschluß jeder Art von Specialgesetzgebung." (Biedermann, Bericht über den ersten Deutschen Journalistentag S. 11.)

Im Anschluß hieran hat die ständige Deputation des Deutschen Juristentages eine Gesetzgebungsfrage gestellt, welche ihrem Wortlaute nach nur den vierten dieser Beschlüsse, indirect auch noch die unter 3. enthaltenen Positionen berührt.

---

*) Erstattet auf Ersuchen der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages und veröffentlicht im Vereinsorgan — der Deutschen Gerichtszeitung. Jahrgang 1866, Nr. 11 ff. und in den Verhandlungen des VI. deutschen Juristentages.

Sie lautet:

Fordert es die nothwendige Freiheit der Presse, und genügt es der Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit (vergl. die Beschlüsse des ersten Deutschen Journalistentages), daß bei den mittelst der Presse verübten strafbaren Handlungen die allgemeinen Strafgesetze und Strafrechtsgrundsätze ausnahmslos zur Anwendung kommen,

oder

sollen in gewissen Hauptpunkten (eventuell in welchen?) Ausnahmen stattfinden, und welche Ausnahmen sind

a) im Interesse der nothwendigen Freiheit erforderlich

und

zugleich ohne Nachtheil für die öffentliche Sicherheit zuläßig?

b) im Interesse der öffentlichen Sicherheit geboten?

Ich durfte und mußte dabei die Annahme der unter 1. und 2. angeführten Beschlüsse des Journalistentages voraussetzen, und nehme weiter an, daß die Forderung vollständiger Unabhängigkeit der Gerichte innerhalb des Deutschen Juristentages weder begutachtet, noch sonst discutirt zu werden braucht. Ueber die so abgegrenzte Materie habe ich mir eine Ansicht gebildet, die ich in einer von der Formulirung der mir gestellten Frage etwas abweichenden Form aussprechen muß, theils deshalb, weil ich erstere weder unbedingt bejahen, noch unbedingt verneinen kann, theils weil reifliches Nachdenken das Resultat herausgestellt hat, daß gerade Forderungen, welche scheinbar nur im Interesse der Preßfreiheit gestellt werden müssen, noch viel mehr im wohlverstandenen Interesse der öffentlichen Ordnung zu stellen seien.

Meine Ansicht ist:

I. Handlungen, deren Thatbestand nicht schon an und für sich durch den Mißbrauch der öffentlichen Meinungsäußerung bedingt ist, sind, auch wenn sie durch die Presse verübt worden (uneigentliche Preßdelicte), nach den allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen und Strafgesetzen zu beurtheilen; es gilt dies namentlich auch von der Anstiftung und der Theilnahme.

II. Dagegen fallen die eigentlichen Preßdelicte — d. h. für die öffentliche Ordnung gefährliche und blos darum verbotene Publicationen — nur aus formellen Gründen in das Gebiet des

Strafrechts; für ihre Abgrenzung und Behandlung müssen daher besondere, ihrer eigenthümlichen Natur entsprechende Regeln gelten.

III. Als verboten sind nur diejenigen Veröffentlichungen anzusehen, durch welche entweder

a) zu strafbaren oder wenigstens rechtswidrigen Handlungen aufgereizt,

oder

b) ein durch das Gesetz geschütztes Object in einer an sich verwerflichen Form angegriffen wird.

IV. Den eigentlichen Preßdelicten sind nur objective Repressivmaßregeln, über deren Zulassung das Gericht im ordentlichen Verfahren (V. und VI.) entscheidet, entgegenzusetzen; die persönliche Bestrafung des Urhebers der Schrift oder jener Personen, welche zur Veröffentlichung mitwirken, liegt hier ebenso wenig im Interesse der öffentlichen Ordnung, als in dem der nothwendigen Preßfreiheit.

V. Bei eigentlichen Preßdelicten ist der Anklagegrundsatz streng festzuhalten; es bedarf weder einer gerichtlichen Voruntersuchung, noch eines gerichtlichen Erkenntnisses über die Versetzung in den Anklagezustand, noch endlich eines Verhöres in der öffentlichen Hauptverhandlung.

VI. Es ist wünschenswerth, daß in Ländern, in welchen Geschwornengerichte bestehen, denselben alle Processe wegen des Inhaltes von Druckschriften zugewiesen werden.

VII. Unabhängig von den Vorschriften über Verjährung soll die Verfolgung jeder Druckschrift ausgeschlossen sein, welche während einer bestimmten Zeit, während welcher ihre Verfolgung im Inlande möglich war, unverfolgt geblieben ist.

Begründung.

Zu I.

Es gibt ohne Zweifel Delicte, bei welchen es zwar denkbar ist, daß sie auf dem Wege der Presse verübt werden, bei welchen dies aber eine für die Hauptsache gleichgiltige Modalität ist. Hieher gehören vor Allem die Injurien und jene öffentlichen Verbrechen, welche sich ihrem Wesen nach als qualificirte Injurien darstellen; hieher gehört ferner die

Gotteslästerung, da wo man sie noch als ein selbstständiges Delict ansieht. Nicht minder ist dies bei Betrug, Fälschung, Erpressung, Bedrohung, Mißbrauch der Amtsgewalt (durch Erlassen einer gedruckten Verfügung) und dgl. mehr der Fall. Die Begriffe dieser Delicte sind überall schon festgestellt gewesen, ehe die Frage über die Grenzen der der Presse zu gewährenden Freiheit durch den Uebergang vom Präventiv- zum Repressivsystem in den Vordergrund gestellt wurde. Bei diesen Delicten hat die Berufung auf die allgemeinen Strafgesetze und Strafrechtsgrundsätze einen deutlichen Sinn, und es kann hier unbedenklich der Satz aufgestellt werden, daß es im Allgemeinen weder nothwendig, noch gerechtfertigt sei, wenn bei der Abgrenzung des Begriffes[1]) der Presse eine Ausnahmsstellung bereitet wird.

Im Allgemeinen ist indeß die Bedeutung dieser Art von Preßdelicten (sie werden hier der Kürze halber als uneigentliche Preßdelicte bezeichnet werden) eine sehr geringe. Allerdings aber kommt noch in Betracht, daß die Anstiftung zu jeder Art von Verbrechen ebensowohl durch die Presse, als durch andere Mittel der psychischen Einwirkung bewerkstelligt werden kann. Auch dadurch ist jedoch kein Anlaß zu einer Ausnahmsmaßregel gegeben, so lange nicht ein Versuch gemacht wird, die Anstiftung zum Verbrechen über ihre natürlichen Grenzen hinaus zu erweitern, um dadurch die für wünschenswerth erachtete Bestrafung gewisser Publicationen zu vermitteln.

Gerade dieser Versuch und die Vorstellung, daß die Gesetzgebung ihn unternehmen könne, ohne von den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen eine Ausnahme zu machen, ist von wesentlicher Bedeutung für das Schicksal der Preßgesetzgebung, und er eben liegt meistens der Behauptung zu Grunde, daß es besonderer Normen für Preßdelicte ebenso wenig bedürfe, als es etwa bei einer Strafbestimmung gegen den Mord

---

[1]) Für das Strafmaß wird die erhöhte Publicität allerdings von Einfluß sein können, ebenso wird es sich rechtfertigen lassen, wenn da, wo es auf die Anwendung eines gewissen Maßes von Vorsicht und Sorgfalt ankommt, wie z. B. bei Verbreitung injuriöser Nachrichten, an Druckschriften ein strengerer Maßstab angelegt wird, als an mündliche oder schriftliche Aeußerungen im Privatverkehr. — Ganz unberücksichtigt bleiben in diesem Gutachten, nach der gestellten Frage, jene strafbaren Handlungen, welche nicht unmittelbar durch Druckschriften verübt werden. (Vrgl. z. B. die in der Englischen Parlamentsacte 6 et 7 Vict. cap. 96 sect. 3 enthaltene Strafbestimmung gegen Erpressungen, welche durch die Drohung, etwas zu drucken oder nicht zu drucken, unterstützt werden.)

darauf ankomme, ob der Dolch oder das Pistol als Mittel zur Verübung der That gedient habe[2]).

Es ist dies eine Täuschung. Es kann zwar nicht bestritten werden, daß unter Umständen ein Preßerzeugniß vollkommen den Charakter der Anstiftung zu einem bestimmten Verbrechen tragen könne; allein dieser Fall wird nur selten eintreten und fast immer nur in solchen Ländern, deren Gesetzgebung die mißlungene Anstiftung für strafbar erklärt.

Obgleich es für die Feststellung der rechtlichen Natur der Anstiftung, zumal der blos versuchten, keineswegs ganz gleichgiltig ist, wen der Anstifter zum Verbrechen verleiten wollte, und ob er daher eine bestimmte Person vor Augen hatte; möchte ich es doch nicht in Abrede stellen, daß eine ernstlich gemeinte Aufforderung zum Verbrechen, welche gleichzeitig an mehrere Personen gerichtet ist, und wobei es dem Auffordernden nur gleichgiltig war, ob derselben alle oder nur einzelne der angeredeten Personen entsprechen werden, zum Thatbestand der Anstiftung genüge. Allein jedenfalls kann von einer Anstiftung nur da gesprochen werden, wo dem Provocanten eine bestimmte That vor Augen stand, zu welcher er die von ihm angeredeten Personen veranlassen wollte: es wird aber nicht genügen, daß er sich darauf beschränkt, ihnen Vorstellungen und Gesinnungen einzuflößen, vermöge welcher sie geneigt werden, bei vorkommenden Gelegenheiten selbstständig sich zu gewissen strafbaren Handlungen zu bestimmen. Ein Vater, der seinen Sohn zum Diebstahl erzieht und abrichtet, kann darum allein weder der versuchten noch der vollbrachten Anstiftung (wenn man diese Ausdrucksweise überhaupt für zulässig hält) schuldig gefunden werden; ein Schriftsteller, welcher das in einem Lande bestehende Regierungssystem auf das rücksichtloseste angreift und den leidenschaftlichen Wunsch nach einer Aenderung, selbst nach einer ungesetzlichen und gewaltsamen, zu verbreiten sucht, ist noch nicht intellectueller Urheber der Verbrechen, welche etwa Einzelne unter dem Einfluß einer solchen Gesinnung begehen mögen, und noch viel weniger wird man da, wo solche Verbrechen gar nicht begangen wurden, von einer versuchten Anstiftung sprechen können.

---

[2]) Que fait-on, sagte Portalis am 15. April 1797 im Rath der Alten, quand on propose une loi particulière sur les délits de la presse? C'est comme si, en matière d'assassinat, on proposait une loi sur les délits du sabre ou du pistolet. Il est défendu d'assassiner; l'instrument, qui sert à commettre le crime, n'en change pas la nature.

Die Bedeutung dieser Abgrenzung kann kaum durch etwas Anderes so klar gelegt werden, als durch die Geschichte der französischen Preßgesetzgebung, welche sich zum nicht geringen Theil gerade um diesen Punkt dreht. Die Verfassung von 1791 (Cap. 5 Art. 17) hatte als die einzigen Personen, welche wegen einer Druckschrift verfolgt werden können, diejenigen bezeichnet, welche „wissentlich zum Ungehorsam gegen das Gesetz, zur Herabwürdiguug der constituirten Gewalten, zum Widerstand gegen ihre Thätigkeit, oder zu einigen der im Gesetz als Verbrechen oder Vergehen erklärten Handlungen aufreizen." Damit steht nun die Bestimmung des Code pénal von 1791 in Verbindung, wo angeordnet ist: Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir provoqué directement à le commettre, soit... par des écrits rendus publics par la voie de l'impression, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs du crime[3]). Es zeigt sich somit, daß die Bestrafung wegen Anstiftung an eine doppelte Bedingung geknüpft wurde; die Provocation muß eine directe sein, und sie muß die Verübung des Verbrechens oder doch mindestens einen Versuch desselben zur Folge gehabt haben.

Dieser Artikel ist zwar nicht in den Code pénal von 1810 übergegangen; dennoch wird behauptet, daß auch nach dem jetzt geltenden allgemeinen Strafrecht Frankreichs die durch eine Druckschrift verübte Aufreizung zu einem Verbrechen Complicität begründe[4]). Es ist dies sehr bedenklich, weil Art. 60 die verschiedenen Formen der Provocation aufzählt und keiner der dort gebrauchten Ausdrücke ungezwungen auf den hier besprochenen Fall angewendet werden kann[5]). So viel aber ist gewiß, daß nach dem allgemeinen Recht eine erfolglos gebliebene Anstiftung nicht strafbar ist, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme macht[6]).

Als es nun in Frankreich darauf ankam, die durch die Charte von 1814 zugesicherte Preßfreiheit zu verwirklichen, fand man es nicht möglich, mit der angeführten Bestimmung des Code pénal auszureichen;

---

[3]) Code pénal de 1791 part. 2. tit. 3. art. 2.

[4]) Chassan, Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse (2me éd.) I. 336 s. (n. 430, 431.)

[5]) Vrgl. Ortolan, Élements de droit pénal No. 1300; Haus, Cours de droit criminel No. 295. Dalloz, Répert. de Jurispr. v⁰. Presse No. 541.

[6]) Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal. No. 671 éd. Nypels.

man war sich bewußt, daß man im Sinne habe, der Presse engere Grenzen anzuweisen, und meinte doch, einer besonderen Bestimmung über Preßdelicte nicht zu bedürfen. „Es kommt einzig und allein darauf an," sagte damals der Großsiegelbewahrer de Serre, „die schon für strafbar erklärten Handlungen, zu deren Verübung die Presse das Werkzeug sein kann, im Gesetz zusammenzustellen, und auf diese Handlungen, wenn sie auf diesem Wege begangen werden, die entsprechende Strafe anzuwenden." Man vergleiche nun hiermit das aus diesem Vorschlage hervorgegangene Gesetz, von dem schon damals mit Recht bemerkt wurde[7]), daß es mit jener Auffassung in auffallendem Widerspruch stehe. In der That beschränkt sich das Gesetz vom 17. Mai 1819, da es selbstständige Preßdelicte aufstellt[8]), keineswegs auf die Sanctionirung des scheinbar so durchgreifenden Grundsatzes, daß jedes Preßdelict sich auf eine Provocation zu einem Verbrechen oder Vergehen zurückführen lasse; allein auch die Art, wie es den Grundsatz selbst formulirt, läßt keinen Zweifel daran, daß es sich um eine vorzugsweise der Presse geltende Specialbestimmung, um eine Abweichung von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes handle. Art. 1 erklärt, daß derjenige, welcher durch öffentliche Reden, . . . durch Druckschriften . . . den Urheber eines Verbrechens oder Vergehens zur Verübung desselben aufgereizt hat, als Mitschuldiger desselben anzusehen sei. Die beiden folgenden Artikel enthalten besondere Strafbestimmungen für die erfolglos gebliebene Aufreizung zu Verbrechen und Vergehen. Daß diese letzteren Bestimmungen eine Lücke des gemeinen Rechtes ausfüllen, bedarf nach dem oben Gesagten keiner Bemerkung; weniger sicher ist das Verhältniß des Art. 1 zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Doctrin und Praxis des französischen Rechtes stimmen darin überein, daß die Aufforderung zum Verbrechen, damit sie im Sinne des Code pénal strafbar sei, eine directe sein müsse[9]). Wie dies aufzufassen sei, darüber kann man sich unmöglich bestimmter aussprechen, als dies Ortolan thut. Er sagt: Bien entendu qu'il ne s'agit pas ici seule-

[7]) Von Courvoisier, dem Berichterstatter der Commission der Deputirtenkammer. Vrgl. Chassan, l. c. n. 12 s. Dalloz, Répertoire de Jurisprudence v°. Presse No. 531.

[8]) So erklärt z. B. Art. 4, daß jeder formelle Angriff auf die Unverletzlichkeit des Königs, die Thronfolgeordnung oder die constitutionelle Autorität des Königs oder der Kammern als Aufreizung zum Verbrechen anzusehen sei.

[9]) Haus l. c. Chauveau et Hélie n. 671. Chassan I. 204. n. 279. Dalloz n. 541.

ment d'une excitation générale, d'un soulevement des passions desquelles auraient dû résulter ensuite des actes coupables: ce serait là un tout autre cas. Il s'agit d'un appel direct à commettre tel délit déterminé, par exemple à aller mettre le feu à tel édifice, à telle forêt, à se porter sur tel établissement et à s'en emparer ou à le détruire, à envahir le domicile de telle personne, à la violenter, à la tuer[10]). Eine directe Provocation in diesem Sinne hatte das Gesetz von 1791 gefordert, allein das Wort fehlt im Art. 1 des Gesetzes von 1819; fast allgemein hat man angenommen, daß gerade die Beseitigung dieses Erforderrnisses in der Absicht des Gesetzgebers lag und mit vollem Rechte ist bemerkt worden, daß man nicht ohne Besorgniß die unermeßliche Ausdehnung überschauen könne, welche die Auslegung dem Worte Provocation nach dem Wegfall jener Einschränkung geben kann[11]). Schon

---

[10]) Nicht uninteressant ist es, damit eine ähnliche Formulirung in Livingston's Code of crimes and punishments für Louisiana zu vergleichen. Es ist von der Aufreizung der Sklaven zum Aufstande die Rede; und es heißt in dem Art. 116, unter Aufstand sei eine bewaffnete Vereinigung zur Erringung der Freiheit zu verstehen, und im Art. 117, „Aufreizung" bedeute einen Versuch der Ueberredung oder Verleitung, welche den Aufstand unmittelbar zum Zweck hat. „Ausgeschlossen ist daher jede Auslegung, nach welcher Jene schuldig wären, welche eine Sprache führen, die nur darauf berechnet ist, die Sklaven mit ihrer Lage unzufrieden zu machen". (Folgt eine besondere Strafbestimmung für diesen Fall.) Wichtig sind auch für die Materie der Behandlung von Preßsachen die Art. 393 und 394 dieses Gesetzwerkes. Sie lauten: Art. 393. „Nothing in this chapter contained shall be so construed as to preventor punish the free discussion of the proceedings of the legislature, or any other branch of the governement, which is secured by the constitution; and nothing shall be considered as an abuse of the liberty, to speak, write and print on any subject which is referred to in the constitution, but such acts of that nature as are specially constituded offences by this code. — Art. 394. There is no such offence known to our law as defamation of the governement, or either of its branches, either under the name of libel, slander, seditious writing or other appellation. When such allegations amount to defamation of the representatives of the people, or public officers, they are provided for by the preceding articles (über Privat-Injurien). When they amount to the crime of complicity in sedition or in opposition to law, they are made punishable by the general provisions respecting accomplices.

[11]) Dalloz l. c. No. 541. Carnot Comm. Art. 102 obs. I. A. M. Ortolan, welcher im Art. 1. des Ges. von 1819 nur eine Anwendung des alten Grundsatzes von 1791 sieht, und die oben angeführten Worte ausdrücklich auf den hier besprochenen Fall bezieht (No. 1300). Sehr belehrend ist indeß der Vorgang der von derselben Grundlage ausgehenden belgischen Gesetzgebung. Der Art. 1 des Preßgesetzes v. 20. Juli 1831 (das Analogon des franz. Art. 1 vom 17. Mai 1819) kehrt einfach zum Wortlaut des französischen Gesetzes von 1791 zurück, welches eine directe Provocation gefordert hatte. Hinzugefügt ist nur die ausdrückliche Erklärung, daß die Bestimmung auch in dem Falle anwendbar sei, wo die Provocation nur zu einem Versuch geführt hat. S. Haus l. c. Nypels in seiner Ausgabe von Chauveau et Hélie (2. Aufl.) I. p 374; ganz besonders aber die belehrende Darstellung in H. Schuerman's Code de la presse (Brux. 1861) p. 117 s.

bei der Vorlegung des Entwurfes bemerkte de Serre, die Specialbestimmungen der Art. 4—6 (also namentlich die Strafbestimmung gegen die Aufreizung zum bloßen Ungehorsam gegen die Gesetze) seien allerdings nicht unbedingt nothwendig, weil die Praxis sich dieselben aus dem Princip der Provocation selbst ableiten würde, und sie seien nur im Interesse der Presse gegeben, weil die Deductionen der Jurisprudenz nicht so augenfällig und vorher erkennbar seien, wie deutliche Aussprüche des Gesetzgebers! Und in der That wird die Ansicht noch jetzt ausgesprochen, daß alle Specialbestimmungen dieser Art, wie sie im raschen Wechsel in den Jahren 1822, 1834, 1848 bis zum Sicherheitsgesetz vom 27. Februar 1858 einander folgten, entfallen konnten und können, ohne daß eine Lücke in der Gesetzgebung entsteht; denn Art. 1 und 2 des Gesetzes von 1819 füllen jede aus. So ist z. B. der früher erwähnte Art. 4 des Gesetzes von 1819 (Angriff auf die Person des Königs, die Thronfolgeordnung u. s. w.) durch die Gesetze von 1822, 1848, 1849 verdrängt worden und da das letztgenannte Gesetz vom Präsidenten der Republik spricht, ist dessen Anwendbarkeit auf Angriffe gegen den Kaiser mehr als zweifelhaft; allein diejenigen, die diesen Zweifel hegen, finden, daß Art. 1 und 2 des Gesetzes von 1819 anwendbar seien[12]).

Völlig schrankenlos wird nun die Wirksamkeit des Gesetzes von 1819 dadurch, daß einerseits bei der ein selbstständiges Delict bildenden erfolglosen Provocation zu strafbaren Handlungen jeder objective Maßstab für die Bedeutung der Provocation fehlt, andererseits aber da, wo ein Delict in Folge der Provocation begangen wurde, wieder

---

[12]) Dalloz No, 541, 550. Aus dieser Hauptregel werden z. B. folgende Consequenzen gezogen: Strafbar, als Aufreizung zum Verbrechen, seien nicht etwa blos heftige Declamationen, sondern „selbst eine mäßige Discussion, in welcher die Rechte des Souveräns in Frage gestellt werden" (Dalloz No. 554). Die besondere Strafbestimmung gegen die öffentliche Erklärung, daß man einer anderen, als der bestehenden Regierung anhänge, sei zwar aufgehoben; allein der Art. 1 des Gesetzes von 1819 gelte auch „den indirecten Provocationen, welche man in solcher öffentlichen Erklärung ohne zu großen Zwang finden kann" (Dalloz No. 560) u. s. w. — Art. 4 des Ges. vom 25. März 1822 hatte die Aufreizung zum Haß und zur Verachtung gegen die Regierung des Königs als besonderes Vergehen constituirt, und dieses Gesetz war z. B. durch ein Erkenntniß vom 1 April 1830 auf Personen angewendet worden, welche der damaligen Regierung die Absicht beimaßen, die Verfassung umzustürzen und Steuern ohne Zustimmung der Kammern auszuschreiben, ja selbst auf solche, die in dieser Besorgniß aufgefordert hatten, etwa ungesetzlich ausgeschriebene Steuern nicht zu zahlen. Auch dieses an sich so dehnbare Gesetz glaubt man aber ersparen zu können, so lange der Art. 1 von 1819 zur Verfügung steht!

das subjective Moment völlig preisgegeben ist. Denn das Gesetz erklärt auch in diesem Falle nicht, daß wahre Complicität vorhanden sei, nur daß sie anzunehmen sei, und diese gesetzliche Fiction erweist sich fruchtbar an unnatürlichen Consequenzen. „Indem der Urheber der Provocation," sagt Chassan [13]), „die bösen Leidenschaften erregt, wird er für das Resultat dieser Aufregung verantwortlich; man straft ihn, als hätte er am Verbrechen selbst theilgenommen. Es ist in Wahrheit nicht nöthig, daß er das der Publication folgende Delict im Sinne gehabt; er wollte nur die Leidenschaften erregen; ja es kann sein, daß er gar nicht beabsichtigt hat, daß die Provocation von Erfolg sei: trotz alledem wird er als Mitschuldiger angesehen und gestraft."

Es zeigt sich also, daß in Frankreich der sehr wohlgemeinte Versuch, die Presse unter das allgemeine Gesetz zu stellen, auf einer Selbsttäuschung beruhte; es ist vielmehr für die Preßsachen eine dreifache Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen verfügt: 1. Die erfolglos gebliebene Aufreizung ist für strafbar erklärt. 2. Das allgemeine Erforderniß, daß die Aufreizung auf ein (individuell) bestimmtes Verbrechen gerichtet sei, ist aufgegeben. 3. Die Fiction, vermöge welcher zwischen einem Verbrecher und demjenigen, dessen öffentliche Aeußerung ihn zum Verbrechen veranlaßt hat, die Complicität hergestellt wird, führt zu der Annahme einer culposen Anstiftung. Während man also vermeiden wollte, was man trotzdem nicht vermied, für Preßdelicte die ihrer Specialität entsprechenden besonderen Bestimmungen zu erlassen, wich man doch von demjenigen völlig ab, was die Natur der Sache für die Complicität einerseits und für die Preßdelicte andererseits fordert. Die Presse bezahlte die alte Phrase von der Gleichgiltigkeit des Mittels mit einer Strafbestimmung, die jeder Ausdehnung fähig ist, und der öffentlichen Ordnung, welcher ein in gehässigster Weise dehnbares Gesetz niemals wahrhaften Nutzen bringt, war mit alledem wenig gedient, wie die rasch einander folgenden Specialgesetze beweisen.

Das Preußische Strafgesetz von 1851, welches ja vorzugsweise Französischem Boden entwachsen ist, behandelt die Frage in vorsichtigerer, principiell aber doch in derselben Weise, wie das Französische Recht. Das Preußische Recht kennt so wenig, als das Französische,

---

[13]) I. 335. (Nr. 430.)

einen strafbaren Versuch der Anstiftung[14]). Es regelt die Anstiftung selbst im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem Französischen Recht, allein es begnügt sich nicht gleich diesem mit der Aufzählung gewisser Mittel der Anstiftung, sondern fügt noch die Worte „oder durch andere Mittel" hinzu. Damit wäre einer der Gründe weggefallen, welche in Frankreich eine besondere Bestimmung über die öffentliche Aufreizung zu strafbaren Handlungen wünschenswerth, wenn nicht nothwendig machen. Es kann daher auch keinem Zweifel unterliegen, daß Art. 36 des Preuß. St. G. Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen bewirke, und zwar: 1. Die Aufforderung braucht sich hier nicht an eine bestimmte Person zu richten[15]). 2. Sie darf zwar nicht ganz unbestimmt auf ein Verbrechen überhaupt gehen; es soll aber genügen, wenn „die Absicht auf ein wenigstens in genere bestimmtes Verbrechen geht, wenn auch mit unbestimmtem dolus"[16]). 3. Der Beweis des Causalnexus zwischen der Aufforderung und der That ist dem richterlichen Ermessen ganz anheimgegeben, und nur dadurch daß neben dem „auffordert" noch die Worte: „anweist, verleitet, oder zu bestimmen sucht" erscheinen, und die Verbindung mit §. 37 Z. 1 gewissermaßen wahren, ist die Gefahr der Verurtheilung wegen blos culposer Anstiftung, wenn nicht ganz ausgeschlossen, so doch wesentlich vermindert.

Das Oesterreichische Gesetz von 1852 hält eine principiell verschiedene Richtung ein. Es enthält (§. 9) eine allgemeine Strafbestimmung gegen die versuchte Verleitung zum Verbrechen; diese Strafbestimmung gilt nicht etwa den Preßsachen allein oder vorzugsweise, und es ist ausdrücklich in Abrede gestellt worden, daß sie aus Rücksicht für letztere gegeben worden sei[17]). Es kann ferner keinem Zweifel

---

[14]) Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts. S. 33. §. 32.

[15]) Hierin sehen die Motive von 1850 den Hauptpunkt. Goltdammer, Materialien I. Seite 335.

[16]) Goltdammer a. a. O. S. 336; siehe dagegen Temme, Glossen S. 108: „Der §. verlangt ganz klar, nicht etwa, daß blos zu irgend einem abstracten Verbrechen, z. B. Mord, Diebstahl, sondern, daß zu einer bestimmten speciellen, concreten Handlung, „„welche ein (bestimmtes) Verbrechen u. s.w. darstellt,"" aufgefordert u. s. w. sein müsse." Für Temme's Ansicht spricht, daß die Aufforderung „zu einer Handlung" gefordert ist. Das Französische Gesetz von 1791 und das Belgische Preßgesetz sichern diese Auffassung, indem sie von einem concreten, schon verübten Delict ausgehend auf denjenigen zurückführen, welcher dazu aufgefordert hat; dazu kommt dann das auch im Preuß. Gesetz fehlende directement.

[17]) Hye, das Oesterr. Strafges. I. S. 335.

unterliegen, daß diese versuchte Verleitung alle jene Merkmale bieten müsse, welche im Falle der gelungenen Anstiftung gefordert werden, um den Anstifter als Mitschuldigen bestrafen zu können: die direct auf eine bestimmte, verbrecherische Handlung gerichtete Absicht des Aufreizers — und die Aufrufung bestimmter Personen zum Verbrechen. Soweit hieran etwas fehlt, findet §. 9. St. G. seine Ergänzung im §. 305, nach welchem derjenige, welcher öffentlich „zu unsittlichen oder durch die Gesetze verbotenen Handlungen auffordert, aneifert oder zu verleiten sucht," sich eines besonderen Vergehens schuldig macht[18]), und in Specialbestimmungen (namentlich §. 59 lit. §. 65 lit. b, §. 80, §. 302).

Dagegen hat das Baierische Gesetzbuch sich in Uebereinstimmung mit dem Preußischen und Französischen Recht gehalten. Auch hier ist die Aufforderung, auch wenn sie ohne Erfolg blieb, ein besonderes Vergehen, während sie, wenn sie die Vollendung oder einen strafbaren Versuch der That zur Folge hatte, Theilnahme daran begründet

---

[18]) Darüber, daß §. 9 des Oesterr. St. G. nur da Anwendung finden könne, wo zu einem (individuell) bestimmten Verbrechen aufgefordert wurde, besteht kein Zweifel. [Hye a. a. O., S. 342, 343. Herbst, Handbuch des allg. Oesterr. Strafrechts (2. Aufl.) I. S. 95, II. S. 77. Damianitsch, das Militär-Strafgesetzbuch, S. 45 (zu §. 17). Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, S. 107. Tolomei Diritto penale p. 193.] Minder entschieden sind die Aussprüche, welche sich auf die Frage beziehen, ob die Aufforderung an bestimmte Personen gerichtet sein müsse. So sagt Herbst (II. S. 77): „Der Unterschied zwischen beiden" (den im §. 9 und im §. 305 vorgesehenen Fällen) „wird . . . nur darin bestehen, daß das Vergehen der Gutheißung ungesetzlicher Handlungen regelmäßig nicht sowohl die Verleitung zu einer bestimmten durch das Gesetz verbotenen Handlung, sondern vielmehr unbestimmte Aufforderungen an das Publicum überhaupt zu gesetzwidrigen Handlungen in sich schließt. War aber die öffentlich geschehene Aufforderung auf Herbeiführung einer bestimmten strafbaren Handlung gerichtet und waren somit alle Erfordernisse des §. 9 vorhanden, dann kann natürlich die Zurechnung nach diesem letzteren Paragraphen deshalb nicht ausgeschlossen sein, weil der Versuch der Verleitung öffentlich, somit auf eine offenbar gefährlichere Weise geschehen ist." — Geyer sagt (a. a. O. S. 103 ff.): „Allgemeine unbestimmte Aufforderungen, insbesondere solche, welche nicht an eine bestimmte Person gerichtet wurden (in welchem Falle das Oesterreichische Strafgesetzbuch, §. 305, eine eigene mildere Strafe droht), sind noch keine Anstiftung. — Setzen wir nun folgenden Fall: A hat die Absicht, den B zu einem bestimmten Verbrechen zu bewegen. Allein er fordert diesen nicht direct dazu auf, sondern deutet nur in einer Gesellschaft von guten Freunden, in welcher sich auch B befindet, in einer auf die Individualität des Letzteren berechneten Weise darauf hin, wie man das Verbrechen begehen könne. — Wenn sich B wirklich durch die Aeußerungen des A bestimmen und andererseits an dem Dolus des A sich nicht zweifeln läßt, so müßte man allerdings Anstiftung annehmen. Die Handlung des A war ja nach der Voraussetzung auf ein bestimmtes Verbrechen gerichtet, ebenso hatte er ein bestimmtes Individuum im Auge, mit Rücksicht auf welches er seine Reden bemaß."

(Art. 57). Die Commentatoren betonen, daß der Aufforderung die Absicht zu Grunde liegen müsse, die Verübung einer bestimmten That hervorzurufen. Die Aufforderung muß eine bestimmte sein: sie ist es aber nach Dollmann dann schon, „wenn sie auf die Verübung eines wenigstens der Gattung nach speciell bezeichneten Delictes als solches gerichtet war." Dagegen meint Hocheder, es „dürfe nach den obwaltenden Umständen darüber, welche (bestimmte) That gemeint ist, ein Zweifel nicht bestehen können." Stenglein behauptet, es genüge der Nachweis, „daß die Aufforderung auf die Verwirklichung der That einwirkte." Dollmann dagegen verweist hierin auf die allgemeinen Grundsätze. Unter diesen Umständen wird wohl Hocheder nicht beizupflichten sein, wenn dieser an der hier bezeichneten Art der Anstiftung nur insofern eine Eigenthümlichkeit sieht, „als hier der Anstifter sich mit seiner Aufforderung nicht an eine bestimmte Person wendet, sondern vielmehr den Samen der That auf das Ungewisse hin ausstreut." Der Unterschied geht wohl weiter, weil ebensowenig eine (individuell) bestimmte That, als eine bestimmte Person gefordert wird; und weil die ganze Stellung der Frage zu sehr dazu verlockt, die Worte des Auffordernden nicht blos aus den Umständen, unter welchen er sprach, sondern aus den nachgefolgten Ereignissen zu interpretiren.

Man kann nicht lebhaft genug wünschen, daß dieser Weg verlassen werde; es wäre eben so sehr im Interesse der Presse als der öffentlichen Ordnung, gewiß aber in dem der Gerechtigkeit gelegen, wenn man diese zu Fictionen verlockende Bestimmung aufgäbe; wahre Fälle der Anstiftung bedürfen ihrer nicht; in den anderen aber wirkt sie nur nachtheilig, denn nichts erbittert mehr, als eine ernste Bestrafung auf Grund der Gleichstellung ungleicher Fälle.

Zu II. und III.

Verzichtet man auf den zu I. bezeichneten Vorgang, so ist klar, daß der bisherige Kreis von Strafbestimmungen unmöglich ausreichen könne. Man wird vor Allem einer besonderen Strafbestimmung gegen Aufreizung zu strafbaren Handlungen bedürfen, welche überall da einzutreten hat, wo nicht Anstiftung nach allgemeinen Grundsätzen vorliegt; diese Strafbestimmung müßte den wirklichen Inhalt der That, die Aufreizung, zum Ausgangspunkt nehmen, den Umstand aber, daß

in Folge der Aufreizung wirklich ein Delict begangen wurde, lediglich als straferschwerendes Moment hinstellen. Auch eine solche Bestimmung aber würde, wenn sie nicht dehnbar und willkürlich gehandhabt werden soll, noch nicht ausreichen, der öffentlichen Ordnung jenen Schutz zu gewähren, dessen sie bedarf; es muß sich also an dieselbe eine Reihe anderer Strafbestimmungen anschließen, welche zusammen den Kreis *der eigentlichen Preßdelicte* bilden — derjenigen Delicte, welche lediglich durch *Mißbrauch der Publicität*, durch unerlaubte Veröffentlichungen, begangen werden.

Es kann nun für die vor Allem sich aufdrängende Frage, *was verboten sein soll*, von einer Berufung auf die allgemeinen Strafrechtsgrundsätze, soweit damit schon feststehende, sofort anwendbare Grundsätze gemeint sind, nicht die Rede sein. Denn in der Classe von Delicten, um die es sich hier handelt, haben offenbar gerade die *Preßdelicte* die hervorragendste Bedeutung; die wenigen anderen noch hieher gehörigen Fälle (z. B. Reden an öffentlichen Orten) würden eher nach den für die Preßsachen gewonnenen Grundsätzen zu behandeln sein, als sie für deren Behandlung ein brauchbares Vorbild böten; wenn sie nicht wieder selbst eine theilweise abweichende Behandlung forderten.

Vergebens aber sucht man nach klaren theoretischen Beantwortungen dieser Frage; denn Freunde wie Feinde der Preßfreiheit sind einig in ihrer Verurtheilung des Mißbrauches derselben, und lange Zeit hindurch schien es sogar, als sei die Differenz zwischen ihnen keine sachliche, sondern eine formelle, als handle es sich nicht sowohl darum, worin der Mißbrauch bestehe, dem man entgegentreten soll, als darüber, ob dies auf *polizeilichem* oder *gerichtlichem* Wege geschehen solle.

Vergebens auch sucht man in der Gesetzgebung und Praxis jener Länder, welche die letztgedachte Differenz schon lange überwunden haben, nach einem einfachen, klaren Grundsatz.

Schon aus dem früher Gesagten ergibt sich, daß die *Französische* Gesetzgebung von falschen Grundvoraussetzungen ausging. Bekannt ist, daß sie gerade in der hier in Betracht kommenden Beziehung fortwährend schwankte, daß ein festes Princip nicht zu gewinnen war. Der leitende Gedanke dabei war, gewisse, oft nicht genügend bestimmte, Objecte zu bezeichnen, und jeden öffentlichen Angriff auf dieselben für strafbar zu erklären. So, um ein Beispiel durchzuführen, hatte Art. 4

des Ges. v. 17. Mai 1819 den Angriff auf die Unverletzlichkeit der Person des Königs, die Thronfolgeordnung, die constitutionelle Autorität des Königs oder der Kammern als Provocation zum Verbrechen erklärt. Schon das Gesetz v. 25. März 1822 (Art. 2) erklärt Angriffe gegen „die königliche Würde, die Thronfolgeordnung, die Rechte, die dem Könige vermöge seiner Geburt, und jene, die ihm vermöge der Charte zukommen, seine verfassungsmäßige Autorität, die Unverletzlichkeit seiner Person, die Rechte und die Autorität der Kammern" als selbstständiges Vergehen. Am 29. Nov. 1831 ward dieser Artikel zeitgemäß umgeändert. Dennoch bedurfte es noch vagerer Bestimmungen; der Art. 5 des Ges. v. 9. Sept. 1835 spricht schon von Angriffen gegen „das Princip oder die Form der Regierung." Das Decret vom 11. August 1848 spricht wieder von „Angriffen auf die Rechte und die Autorität der Nationalversammlung, der Mitglieder der Executivgewalt, gegen die republikanischen Institutionen, gegen die Verfassung, das Princip der Volkssouveränität und des allgemeinen Stimmrechtes." Dieses Gesetz enthielt aber noch eine andere Wendung, welche für die Geschichte der Preßgesetzgebung von der größten Bedeutung ist. Art. 4 straft nämlich „die Aufreizung zum Haß und zur Verachtung gegen die Regierung der Republik" und fügt hinzu: Diese Bestimmung könne dem Recht, die Acte der Executivgewalt und der Minister zu besprechen und sie zu tadeln, keinen Eintrag thun.

Nun ist aber klar, daß bei so formulirten Gesetzen es erst den Gerichten anheimgestellt ist, ohne leitende gesetzliche Bestimmung die Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem zu suchen. Denn wenn das Gesetz lediglich die Objecte bezeichnet, welche anzugreifen bei Strafe verboten ist, so hängt Alles davon ab, was man unter einem Angriff versteht; und da ist es möglich, jeden noch so indirecten Ausdruck einer abweichenden Meinung (z. B. über den Werth des allgemeinen Stimmrechtes) zu verpönen, oder umgekehrt, zwischen Widerspruch und Angriff zu unterscheiden und den Begriff des letzteren unberechenbar einzuschränken. In Belgien hatte man ähnliche Bestimmungen durch den Beisatz „mechamment" einzuschränken und unschädlich zu machen gesucht. Man mußte aber erkennen, daß damit nichts gewonnen sei, als die Betonung des Erfordernisses des Dolus, und man geht daher damit um, das Wort wegzulassen[19]). Allein, sobald man davon abgeht, sich

[19]) Schürmans l. c. p. 156, 157, 163: „Toute attaque suppose une intention

unter Dolus etwas anderes, als eine unbestimmte, üble Gesinnung zu denken, sobald man erkennt, daß Dolus der auf die Verwirklichung des objectiven Momentes einer strafbaren Handlung gerichtete Wille sei, ist man dem Troste unzugänglich geworden, daß das Erforderniß des Dolus die Unbestimmtheit der Beschreibung des objectiven Momentes verbessern könne: wo das objective Moment unklar ist, muß auch das subjective es sein.

Die Formel „Aufreizung zum Haß und zur Verachtung" scheint weniger dehnbar, und sie hat daher Nachahmung gefunden (z. B. in den §§. 65 und 300 des Oesterr. Str. G.). Allein, so bestimmt es etwa noch klingen mag, wenn von Haß oder Verachtung eines Individuums die Rede ist, so vieldeutig ist der Ausdruck in der Anwendung, die in diesen Gesetzen davon gemacht wird. Zunächst deshalb, weil man sich unter „Regierung," „Staatsverwaltung" nicht sowohl Personen, als ein abstractes und unbestimmbares Regierungssystem zu denken hat. Noch mehr aber, weil die Ausdrücke selbst alle Bestimmtheit verlieren, sobald man sie auf Anderes, als Individuen anwendet. Man kann einen Menschen wegen des objectiven Uebels, das er anrichtet, vernünftiger Weise weder hassen noch verachten; man wird immer erst fragen, ob er aus verwerflichen, unsittlichen Motiven, oder ob er in guter Meinung handelt. Ein sehr starker Tadel der Maßregeln eines Staatsmannes wird sich also jeder Ahndung entziehen, so lange dieser Tadel nicht auf die Behauptung sich stützt, er habe wissentlich, absichtlich fehlgegriffen; auch hier wird aber schon der Zweifel entstehen, ob das aus dem Tadel, hervorgehende abfällige Urtheil über seine Fähigkeiten ihn nicht der Verachtung aussetze. Allein einer Abstraction gegenüber fällt jede solche Beschränkung fort; was getadelt wird, ist für schlecht und schädlich erklärt und was schlecht und schädlich ist, verfällt dem Haß und der Verachtung. Will man das nicht gelten lassen, so fehlt jeder feste Anhaltspunkt; niemand kann bei dem Tadel, den er ausspricht, vorhersehen ob er stark oder mild genug gefunden wird, und nicht das Gesetz, sondern der Richter zieht die Grenzen der Preßfreiheit.

Aber nicht blos auf dem Continente herrscht noch große Unklarheit in dieser Beziehung; es ist bekannt, daß auch in England der Versuch, den Begriff des Libells zu fixiren, längst als ein vergeblicher bezeichnet

---

coupable," sagt die Commission zur Berathung des neuen Strafgesetzbuches über Art. 132 und 133 des Entwurfs.

wurde. Blackstone z. B. faßt die Preßfreiheit ganz formell auf: sie ist ihm Befreiung vom Präventivzwang. „Es ist aber für die Erhaltung des Friedens und der guten Ordnung, der Regierung und der Religion — der einzig festen Grundlagen der politischen Freiheit — nothwendig, gefährliche oder Aergerniß gebende (offensive) Schriften zu strafen, deren verderbliche Tendenz durch eine gerechte und unparteiische Prozeßverhandlung festgestellt ist. . . . Dadurch wird die Freiheit des Denkens und Forschens nicht beeinträchtigt; die Privatmeinung ist frei; allein die Ausstreuung oder Veröffentlichung schlechter, die Zwecke der Gesellschaft vereitelnder Meinungen ist ein Verbrechen, das die Gesellschaft straft."

Starkie, ein anderer Englischer Schriftsteller, eine der ersten Autoritäten in Fragen der Preßdelicte, spricht sich folgendermaßen aus[20]: „Es ist häufig selbst in unserem Vaterlande darüber geklagt worden, daß das Libellgesetz zu unsicher und unbestimmt sei, und daß weder das statutarische noch das gemeine Recht genügend feststelle, was als ein Libell anzusehen sei. Es dürfte aber nützlich sein, zu erwägen, ob unbedingte und bestimmte Verbote hier der Natur der Sache nach möglich seien und ob sie nicht in allgemeinen und peremptorischen Regeln bestehen müßten, welche die Freiheit der Mittheilung höchlich beeinträchtigen würden, oder in kleinlichen und specifischen Vorschriften, welche eben ihrer Particularität wegen auf die leichteste Art von der Welt umgangen werden könnten. Das Gesetz kann allerdings jede Erörterung eines bestimmten Gegenstandes verbieten, oder soweit gehen, Alles zu dulden, was darüber gesagt oder geschrieben werden kann; allein es gibt kaum eine das öffentliche oder Privat-Interesse berührende Frage, deren Erörterung ohne Schaden für die Gesellschaft völlig verboten oder völlig freigegeben werden könnte. . . . . Die Feststellung und Einhaltung einer Grenzlinie ist aber im höchsten Grade schwierig und mühsam. Außer Zweifel steht nur, daß sie nicht durch das Verbot gewisser Ansichten oder gewisser Ausdrücke gewonnen werden kann. . . . Solche strafbare Handlungen gestatten in Wahrheit keine andere wirksame Beschreibung als in Rücksicht auf die Wirkungen, die sie hervorbringen, oder die sie unmittelbar

[20]) **Starkie, A treatise on the Law of Slander and Libel (2. Ed. London 1830) I. p. CXV. s.**

herbeizuführen versuchen. Jeder Versuch, all' die Aergerniß gebenden Mittel, durch welche ein Uebelgesinnter unternehmen könnte, den öffentlichen Sinn für Bescheidenheit und Schicklichkeit zu untergraben, aufzuzählen, um sie zu verbieten, würde unpraktisch und unsinnig sein; ist es nothwendig, solche Unternehmungen durch Gesetze zu verbieten, so ist es schwer, wenn nicht unmöglich, die strafbare Handlung anders zu kennzeichnen, als durch ein Verbot, dasjenige zu veröffentlichen, was, unbescheiden und unziemlich an sich, unmittelbar darauf abzielt, die Moral des Publicums zu zerstören oder zu schädigen."

Sehen wir nun, wie die abstracte Theorie sich einer concreten Frage gegenüberstellt! Ueber Schmähschriften gegen die Regierung sagt Starkie:

„Es ist das unbezweifelte Recht jedes Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft, seine Ansichten über alle Gegenstände des öffentlichen und gemeinsamen Interesse auszusprechen, und so lange er von diesem unschätzbaren Rechte einen uneigennützigen, redlichen und aufrichtigen Gebrauch macht, um der Gesellschaft zu nützen, kann man ihn nicht als Verbrecher behandeln. Dies ist die augenfällige Demarcationslinie; wird die Grenzlinie überschritten, um einer Privatgehässigkeit durch einen Stoß gegen den Privatcharakter eines Ministers, unter dem Vorwand einer Prüfung seines öffentlichen Betragens Luft zu machen; werden Personen in öffentlicher Stellung oder ihre Maßregeln in ehrenrührigen schmähenden Ausdrücken (in terms of obloquy and contumely) unter dem Vorwand angegriffen, daß man ihre Fehler darlegen und ihre Irrthümer rügen wolle, in Wahrheit aber, um der Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten Hindernisse zu bereiten und sie in's Stocken zu bringen, um dem Könige und seiner Regierung die Zuneigung des Volkes zu entfremden, für plötzliche und heftige Veränderungen, für Aufruhr und Revolution den Weg durch Lockerung der Bande der Unterthanentreue und Loyalität zu bahnen: in diesen und ähnlichen Fällen, wo ein öffentlicher Nachtheil der Zweck der Handlung ist und wo die angewendeten Mittel auf Erreichung des Zweckes berechnet sind, ist die Publication der Gesellschaft schädlich und nachtheilig und sie ist daher verbrecherisch. Mit Recht ist bemerkt worden, daß der gute Ruf das Leben der Regierung sei; eine Verwaltung, welcher die Unterstützung und Ermuthigung fehlt, die hauptsächlich aus der guten Meinung des

Volkes gewonnen wird, muß furchtsam und unentschieden und eben darum schwach und unwirksam sein"[21]).

Es ist einleuchtend, daß diese Demarcationslinie so augenfällig nicht ist, als sie Starkie scheint; gewiß aber ist, daß das englische Recht eine andere nicht kennt[22]), und daß eben darum der Zustand ein ganz unerträglicher wäre, wenn nicht einerseits eben diese Unbestimmtheit des Gesetzes der Jury vollkommen freie Hand gäbe, andrerseits aber die einander folgenden Minister durch die Erfahrung darüber belehrt, wie gefährlich tactlos eingeleitete Preßprocesse werden können, und eingedenk des Tages, wo sie selbst in die Opposition und unter den Schutz der Preßfreiheit zurücktreten werden, von dem Recht der Anklage einen äußerst sparsamen Gebrauch machten[23]).

Auf dem Continent stehen die Verhältnisse anders; die Heftigkeit der Parteikämpfe, die immer wiederkehrende Selbsttäuschung einer jeden Partei, welche die Oberhand gewinnt, es müsse nun immer so bleiben, die eigenthümliche Stellung der Bureaukratie, die relative Neuheit der Preßfreiheit und die dadurch hervorgebrachte größere Empfindlichkeit gegen öffentlichen Tadel; alles dies wirkt zusammen, um unter Umständen die Stellung der an der Presse betheiligten Personen geradezu

---

[21]) Starkie, II. 183—185. Später heißt es, die entscheidende Frage sei: „Hat das Veröffentlichte die unverkennbare Tendenz, öffentliches Unheil dadurch anzurichten, daß die Gesinnung der Unterthanen verdorben und eine allgemeine Unzufriedenheit mit der Regierung erregt wird?" (Diese Aeußerung Starkie's ist als für die Sache entscheidend angeführt bei Roscoe, Digest on the Law of Evidence in criminal cases (6. Ed. London 1862) p. 613. — Man vergleiche hiemit die Bemerkungen Livingstone's über das Englische Libellrecht. (Introductory Report to the code of Crimes and Punishment p. 175. 176).

[22]) Bei der Vorbereitung der unter dem Namen Lord Campbell's bekannten Libellacte (6 et 7 Vict. cap. 96) wurden mehrere juristische Autoritäten von der betreffenden Commission des Oberhauses vernommen. Alle stimmen darin überein, daß eine feste Begriffsbestimmung des Libells sich nicht geben lasse; namentlich Lord Brougham erklärte dies auf das entschiedenste und fügte hinzu, daß er selbst eine Classification der verschiedenen Preßdelicte nicht für ausführbar halte. Er sagt: „Es ist ein Delict, welches unglückerweise eine etwas vage Beschaffenheit hat, aber in der Jurisprudenz hinlänglich bekannt ist, und nach allen Erfahrungen, die ich in Consultationen und in Gerichtshöfen gesammelt habe, glaube ich nicht, daß diese Unbestimmtheit in der Praxis eine erhebliche Schwierigkeit macht. Nie ist mir ein Fall vorgekommen, in welchem in Folge der Unbestimmtheit des Ausdrucks oder des Mangels einer Definition, eine Partei unterdrückt oder eine Jury irregeleitet wurde."

[23]) Vergl. Fischel, die Verfassung Englands (I. Aufl.) S. 86 u. 87. — Die englische Libelltheorie, wenn man sie so nennen darf, und die Praxis der Gerichte, auf der sie ruht, sind auch in den Vereinigten Staaten Nordamerika's angenommen. Wharton, Criminal Law of the U. S. (2. Ed.) Philadelphia 1852, p. 733—752, besonders aber p. 739.

unleidlich zu machen, wenn nicht ein Gesetz besteht, das die Verantwortlichkeit für Preßdelicte in einer der Natur der Sache entsprechenden billigen Weise regelt, vor allen Dingen aber deutlich genug ist, um einerseits denen, die nur schreiben und drucken wollen, was erlaubt ist, andrerseits denen, welche Strafen nur da verhängen wollen, wo sie in Wahrheit verwirkt sind, eine sichere Richtschnur zu bieten. Dazu wird aber vorausgesetzt, daß die juristische Natur der Preßdelicte, der juristische Grund ihrer Strafbarkeit aufgesucht und festgestellt wird.

So schwierig diese Aufgabe ist und so gering die Hoffnung, schon jetzt eine befriedigende Lösung zu erlangen, so ist es doch unerläßlich, daß hier ein Versuch dazu gemacht werde.

Vor Allem muß der scharfe Gegensatz betont werden, welcher zwischen Worten und Thaten besteht. Abgesehen von den im Vorausgehenden ausgeschiedenen Fällen kann das Wort, auch das öffentlich gesprochene, niemals unmittelbar eine Rechtsverletzung setzen, niemals eine Thatsache bilden, welche mit der öffentlichen Rechtsordnung und ihren Grundlagen in unmittelbarem Gegensatze steht.

Das öffentlich gesprochene Wort kann Recht, Sitte und Religion verläugnen, aber nicht verletzen [24]). Die Verläugnung als solche aber ist im Sinne des modernen Staates, der sich kein Recht vindicirt, die Gesinnungen und Meinungen vor Gericht zu stellen, keine strafbare Handlung. Noch weniger könnte die öffentliche Aeußerung aus dem Grunde Anlaß zu strafgerichtlicher Verfolgung geben, weil sie sich fälschlich als Ausdruck einer Gesinnung oder Meinung darstellt, welche in Wahrheit nicht besteht; es kann vielleicht keine schlagendere Beleuchtung des Unterschiedes zwischen dem, was staatlich unzulässig, und dem,

---

[24]) Es kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß hier immer nur von jenen Fällen die Rede ist, welche nach Ausscheidung der uneigentlichen Preßdelicte übrig bleiben. Zur Beleuchtung des wichtigen Unterschiedes, der hier besteht, sei ein specieller Punkt besprochen. Eine theoretische Erörterung, welche geschlechtliche Unzucht als erlaubt oder gar als löblich hinstellt, verläugnet die Sittlichkeit, aber verletzt sie nicht; der Mensch, der solche Ueberzeugungen hat und ausspricht, verstößt dadurch noch nicht gegen die Sittengesetze, daß er ihre Giltigkeit in Abrede stellt. Dagegen ist die öffentliche Darstellung oder Schilderung einer unzüchtigen Handlung, der Wirkung und sittlichen Bedeutung nach, der öffentlichen Vornahme einer solchen Handlung gleich. Hier liegt unmittelbar im Wort schon die Verletzung der öffentlichen Sitte. Mit Recht hat man daher in Belgien auf den Unterschied Werth gelegt, welcher zwischen outrage à la morale publique und aux bonnes moeurs zu machen ist. Mit Recht hat man von der Bestrafung (in letzterem Sinne) unzüchtiger Schriften gesagt: „ce que le législateur entend réprimer, c'est le scandale, c'est le fait de ceux, qui blessent par des actions l'honnetteté et la pudeur publiques.“ Schuermans l. c. p. 83.

was sittlich verwerflich ist, geben, als gerade dies, daß es für die Frage, ob eine bestimmte Aeußerung strafbar oder nicht strafbar sein soll, vollkommen gleichgiltig ist, ob der Redende mit sich selbst im Einklang oder im Widerspruch steht, ob er es redlich meint oder gegen seine eigene Ueberzeugung spricht.

Niemals kann daher eine öffentliche Aeußerung darum, weil sie der angebliche oder wirkliche Ausdruck einer Meinung oder Gesinnung ist, unter Verantwortung gestellt werden, immer nur darum, weil durch sie auf die Gesinnung oder Meinung Anderer eingewirkt wird und weil diese Einwirkung eine Gefahr für den Staat oder für Objecte, die er zu schützen hat, begründet.

Damit aber ist den eigentlichen Preßdelicten ihre Stellung im System angewiesen, welche für deren Behandlung durchaus maßgebend ist: sie sind „gefährliche und darum verbotene Handlungen," Polizeiverbrechen, Uebertretungen positiver, zum Schutz des allgemeinen Wohles erlassener Anordnungen [25]). Man hat sich hier, wie bei allen Delicten dieser Classe, sorgfältig vor der Verwechslung zweier ganz verschiedener Fragen zu hüten: 1. ob der für gewisse Anordnungen maßgebende Gesichtspunkt ein polizeilicher ist — und 2. ob es darum nothwendig oder auch nur zulässig ist, die Anordnung selbst und ihre Durchführung Organen anzuvertrauen, denen der polizeiliche Gesichtspunkt der allein maßgebende ist, und die, wo eine unparteiische Entscheidung zwischen den mit einander streitenden Ansprüchen der öffentlichen Ordnung und der persönlichen Freiheit erfordert wird, ihrer ganzen Stellung nach für die Erstere Partei ergreifen müssen. Die Fragen, die sich hieran knüpfen, sind durch den Uebergang vom Präventiv- zum Repressivsystem gelöst worden: die Grenzen der freien Rede und Schrift sollen durch das Gesetz vorgezeichnet und durch die Gerichte gewahrt werden. Daraus folgt aber noch nicht, daß es sich rechtfertigen lasse, jede Ueberschreitung dieser Grenzen als eine ihrer innern Natur nach criminelle Handlung zu erklären und nach Grundsätzen zu behandeln, welche für unmittelbare Störungen der öffentlichen Rechtsordnung passen.

Soll ein polizeiliches Verbot gerechtfertigt erscheinen, so müssen namentlich folgende drei Erfordernisse eintreffen:

---

[25]) Vergleiche Köstlin, N. Revision S. 691–703. System S. 17 ff. Hälschner, System des Preuß. Strafrechts II. S. 1 ff.

a) Es muß die Gefahr eine **bedeutende** sein, und zwar in dem doppelten Sinne, daß das befürchtete Uebel kein allzu geringfügiges oder unbestimmbares, und daß die Möglichkeit seines Eintretens nicht eine allzu entfernte sein darf.

b) Es darf das Verbot nicht in dem Sinne ein **unzweckmäßiges** sein, daß der Schade, welcher durch dasselbe verhütet wird, ein geringerer ist, als derjenige, welcher auf anderer Seite aus dem Verbote selbst entspringt, namentlich durch Verhinderung des Guten, welches ohne ein allzu weit gefaßtes Verbot möglich gewesen wäre. Insbesondere aber ist darauf zu sehen, daß das Verbot nicht im Widerspruch stehen darf mit allgemeinen Grundsätzen, welche für die Gestaltung des staatlichen Lebens eine höhere Bedeutung haben, als der unmittelbare Zweck, der durch das Verbot erreicht werden kann.

c) Es muß endlich die praktische **Möglichkeit** vorhanden sein, das Verbot durchzuführen und seinen Zweck zu erreichen. Wo dies nicht der Fall ist, führt das Verbot nur zu unnützen Anstrengungen der Staatsgewalt, zu vergeblichen und daher erbitternden Einschränkungen der persönlichen Freiheit, zu einer gefährlichen Selbsttäuschung über die wahre Lage der Dinge, und in Folge dessen zur Unterlassung anderer durch dieselbe gebotener Maßregeln. Gerade in Preßsachen wird dies überall da der Fall sein, wo es sich um einen Gegenstand handelt, dessen Bedeutung **nicht an ein bestimmtes Land und an eine bestimmte Zeit geknüpft ist**.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Preßstrafsachen ergibt ein in mehrfacher Beziehung brauchbares Resultat.

Das Charakteristische der Preßdelicte besteht in der Hervorrufung gewisser Gesinnungen und Ueberzeugungen. Die Gefahr, welche damit verbunden ist, daß diese Gesinnungen oder Ueberzeugungen bei Anderen Eingang finden, kann nun entweder darin bestehen, daß diese Personen dadurch unmittelbar zu rechtswidrigen oder doch unsittlichen Handlungen bestimmt werden, oder darin, daß sie von der ihnen gesetzlich eingeräumten Freiheit einen mißliebigen (d. h. für nachtheilig erachteten) Gebrauch machen; es kann aber auch geschehen, daß sich die Wirkung der durch die Druckschrift herbeigeführten Aenderung der Ueberzeugung oder Gesinnung gar nicht näher bestimmen läßt, sondern daß man

lediglich auf Muthmaßungen darüber, was in Folge dessen früher oder später geschehen könnte, angewiesen ist. Im ersten Falle ist das Verbot gerechtfertigt; im dritten halte ich es für unzulässig; der zweite bedarf noch einer näheren Erörterung, weil noch die anderen oben erwähnten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind.

Als Axiom muß vorausgesetzt werden: Der Staat kann sich in keiner Weise als Herrn der Ueberzeugungen und Gewissen ansehen, sich nicht den Beruf beimessen, über religiöse, politische, wirthschaftliche, überhaupt über theoretische Wahrheiten zu entscheiden, seine Unterthanen zur unbedingten Annahme einer solchen Entscheidung zu verhalten. So wichtig es sein oder scheinen mag, daß gewisse Lehrsätze dieser Art allgemeine Anerkennung finden, so wichtig ist es auch, daß diese Anerkennung keine von außen erzwungene, sondern eine auf innerer, aus freier Prüfung hervorgegangener Ueberzeugung beruhende sei. Diese Anerkennung erzwingen, heißt ihr allen Werth und alle Bedeutung nehmen.

In dem unbedingten Verbot eines Angriffs auf gewisse Meinungen liegt aber nicht blos eine Beschränkung der Rede-, sondern auch der Denkfreiheit; denn es ist damit nicht blos dem Einen untersagt, einen Anderen von seiner Meinung abzubringen, sondern es ist dem Letzteren auch indirect geboten, bei einer bestimmten Meinung zu bleiben, was immer dagegen auch gesagt werden könnte. Dazu kommt nun noch ein anderes Moment. Gewöhnlich steht die Bedeutung eines theoretischen Satzes zu der aus dem Versuch ihn zu verbreiten, erwachsenden Gefahr im umgekehrten Verhältniß. Je allgemeiner der Satz ist, desto langsamer wird er, wenn überhaupt, Eingang finden, und desto weniger wird sich erkennen lassen, in welcher Weise und zu welcher Zeit seine Annahme sich praktisch wirksam erweisen würde, desto geringer ist namentlich die Gefahr, daß er auf ungesetzliche Weise verwirklicht werden könnte. Es sei gestattet, dies durch ein Beispiel zu erläutern. Wenn der Versuch gemacht würde, die Strafgewalt des Staates im Allgemeinen zu bestreiten, so würde dieses Unternehmen eine so geringe Wahrscheinlichkeit des Erfolges für sich haben; bis zur Zeit, wo dieser Erfolg irgend fühlbar werden könnte, wäre so reichlich Raum für die Bekämpfung desselben mit rein geistigen Waffen geboten, daß eine solche Einwirkung auf die öffentliche Meinung (theoretisch gewiß die bedenklichste) als eine in jeder Hinsicht ungefährliche angesehen werden kann. Man denke statt dessen einen Angriff auf die Rechtmäßigkeit der Todes-

strafe, so ändert sich das Verhältniß schon wesentlich und noch viel mehr, wenn etwa die Rechtmäßigkeit eines in einem concreten Falle gefällten Todesurtheils bestritten wird. Aber auch wenn dies geschieht, wie entfernt und unberechenbar ist noch immer die Gefahr, die daraus etwa dem Staat erwachsen könnte, und wie gefährlich wäre es anderseits, selbst die letztgedachte Art von Discussion von vornherein durch ein Verbot abzuschneiden!

Die Freiheit, zu denken und sich über Alles selbstständig eine Meinung zu bilden, hängt mit der Freiheit sich darüber mit Anderen zu verständigen, so eng zusammen, daß nur ein Sophisma die Eine von der Anderen scheiden kann. Bei der grenzenlosen Mannigfaltigkeit der auf dem Gebiete des Denkens möglichen Combinationen ist es aber auch nicht ausführbar, zwischen Meinung und Meinung mit Rücksicht auf die Objecte zu unterscheiden, um etwa die eine Classe frei zu geben, die andere unter staatliche Aufsicht zu stellen.

Will man sich nämlich an jene Gegenstände des Nachdenkens halten, an welche sich ein hervorragendes staatliches Interesse knüpft, so sind dies gerade diejenigen Gegenstände, welche jeden Einzelnen auf das lebhafteste beschäftigen müssen, ja mit welchen sich zu beschäftigen und über die mit seinen Mitbürgern sich zu verständigen, Jedem nicht blos Bedürfniß, sondern Pflicht ist. Wollte man unterscheiden zwischen gefährlichen und ungefährlichen Meinungen, so fehlt es nach dem früher Gesagten an jeder sicheren Grenzbestimmung, sowie man darüber hinausgeht, als gefährliche Meinungen diejenigen zu erklären, deren Annahme *sofort* eine ungesetzliche Handlungsweise zur Folge hätte. Will man endlich unterscheiden zwischen richtigen und falschen Meinungen (und selbst über die Gefährlichkeit einer Meinung kann man nur mit Hilfe dieser Unterscheidung urtheilen, denn das wird ja eben häufig die Frage sein, ob eine Veränderung, welche man durch Einwirkung auf die Gesinnung Anderer herbeizuführen sucht, wirklich als ein Uebel anzusehen wäre), so müßte die staatliche Gewalt sich zum Richter über theoretische Wahrheiten machen, was sie niemals sein kann, ohne die Geister zu unterjochen und dem staatlichen Leben die besten Kräfte zu entziehen, — ja, was sie nicht versuchen kann, ohne sich der Gefahr auszusetzen, mit den reinsten und achtungswerthesten, wenn nicht gar auch mit den nützlichsten Bestrebungen in Conflict zu gerathen.

Daraus folgt, daß niemals (von ganz abnormen und vorübergehenden Zuständen kann hier nicht gesprochen werden) der Inhalt einer Ansicht oder Meinung zum Gegenstande eines polizeigesetzlichen Verbotes gemacht werden sollte, daß es nicht zu billigen sei, gewisse ideale Objecte gegen theoretische Angriffe durch Verbote zu schützen, und daß es noch mehr zu mißbilligen sei, wenn man da, wo es doch nöthig gefunden wird, statt ein solches Verbot ausdrücklich auszusprechen, es in unbestimmte und vieldeutige Redensarten kleidet.

Eine andere Frage aber ist es, ob es gestattet sein müsse, auf jede beliebige Weise für die Ausbreitung einer bestimmten Meinung oder Ansicht zu wirken. So lange das freie Wort an den Gedanken appellirt, so lange kann die Redefreiheit nicht beeinträchtigt werden, ohne daß auch die Denk- und Gewissensfreiheit beschränkt wird, und daß mit den verwerflichsten die lautersten und vielleicht sogar auch die heilsamsten Bestrebungen eingeengt werden.

Eine Gesetzgebung, welche auf der Höhe steht, auf der sie stehen soll, wird um diesen Preis kleine und trügerische Vortheile nicht erkaufen, ja selbst ernsteren, aber noch nicht deutlich erkennbaren Gefahren nicht vorbeugen wollen. Ganz anders aber ist ihre Lage Demjenigen gegenüber, welcher für seine Meinung nicht durch Vernunftgründe, sondern durch Angabe oder Unterstellung unwahrer Thatsachen, durch Schmähung oder durch Einschüchterung anders Denkender, mit einem Wort durch den Appell an die Vorurtheile und Leidenschaften Anhänger zu gewinnen sucht. Solche Angriffe sind einerseits nicht achtungswerth, vielmehr an sich schon zu mißbilligen, sie sind aber anderseits auch in höherem Grade gefährlich, denn gegen Gründe kann man mit Gründen kämpfen, gegen die Lüge aber nicht mit Lügen, gegen die Rohheit nicht mit Rohheit. Auch sind Lügen leichter vorgebracht, als widerlegt, Leidenschaften, einmal angefacht, durch Vernunftgründe nicht zu beschwichtigen, schon deshalb weil das Letztere Zeit erfordert, die Leidenschaft aber zum unverzüglichen Ausbruch drängt. Solchen Angriffen gegenüber darf und muß die Gesetzgebung das Bestehende als Solches schützen.

Ich gelange also zu dem Resultat, daß das Verbot sich niemals gegen den Inhalt einer Behauptung, immer nur gegen die Form, gegen die Art, wie sie vorgebracht und vertheidigt wird, kehren dürfe.

Zu IV.

Frägt es sich, mit welchen Mitteln dem Mißbrauch der Presse entgegen zu treten sei, so ist zunächst die schon hervorgehobene Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Preßdelicten maßgebend. Für die letzteren kann und muß man auf die allgemeinen Strafgesetze und die für diese maßgebenden legislativen Rücksichten verweisen. Es ist in dieser Beziehung nur zu betonen, daß weder zum Nachtheil noch zum Vortheil der an denselben betheiligten Personen Fictionen stattfinden sollen, wie eine solche bezüglich der Anstiftung unter I. erwähnt wurde, bezüglich der subsidiären Haftung weiter unten zu erwähnen sein wird. Hier aber muß noch vor der gefährlichsten aller Fictionen, derjenigen, welche aus der immer wieder auflebenden praesumtio doli erwächst, gewarnt werden. Nirgend ist diese trügerischer, als gerade hier; nirgend aber taucht sie jetzt noch so oft auf und wird sie mit solcher Zuversicht hingestellt.

Dieser Umstand ist auch in's Auge zu fassen, wenn untersucht werden soll, wie den eigentlichen Preßdelicten entgegen zu treten sei. Sie sind bereits oben als Uebertretungen polizeilicher Ordnung charakterisirt worden; es kommt bei ihnen ein doppeltes Moment in Betracht: die objective Gefährlichkeit und das in dem Ungehorsam gegen die Gesetze liegende subjective Verschulden.

Das letztere nun steht mit dem ersteren hier nicht, wie beim criminellen Unrecht, im geraden Verhältniß. Eben auf diesem Gebiete wird — vorausgesetzt, daß nicht Anarchie und offenkundige Ohnmacht der Gesetze herrscht, und daß nicht die Vorschriften gegen die absolute Anonymität der Drucksachen umgangen werden — fast niemals eine absichtliche Auflehnung gegen die gesetzlichen Anordnungen stattfinden; man kann kaum eine Lage erfinnen, in welcher es glaublicher ist, daß der zur Verantwortung Gezogene in der Meinung handelte, das, was er thue, sei gesetzlich nicht verboten, als wenn der für den Inhalt einer Druckschrift Verantwortliche dies versichert. Selbst, wenn man es mit einem Manne zu thun hat, welcher unlautere Zwecke verfolgt und in Beziehung auf die Mittel, deren er sich bedient, nicht wählig ist, wird es demjenigen, der nach seiner wahren Gesinnung forscht, selten zweifelhaft sein, daß er sich eifrig bemühe, sich innerhalb der Schranken der Legalität zu halten, und alle ihm zur Verfügung stehende Schlauheit

aufwende, um eben nur bis an die äußerste Grenze des Erlaubten aber nicht weiter zu gehen. Man präsumirt also das gerade Gegentheil dessen, was evident ist, wenn man selbst bei einem solchen Manne aus dem Zugeständniß, an der Veröffentlichung einer Schrift mit Kenntniß ihres Inhaltes sich betheiligt zu haben, ohne Weiteres folgert, es habe eine absichtliche Auflehnung gegen das Gesetz stattgefunden. Wie aber erst dann, wenn die Persönlichkeit des Angeschuldigten einerseits, die zweifelhafte Natur der incriminirten Schrift anderseits jene Vermuthung noch abschwächen, — wenn das Gericht, um die Schrift als eine strafbare erklären zu können, die verschiedensten oft einer schwankenden Beurtheilung unterliegenden Umstände erwägen und heranziehen muß, hinsichtlich welcher es zweifelhaft bleiben muß, ob sie dem Angeschuldigten in gleicher Art vor Augen standen? Kann es nicht Fälle geben, in welchen gerade ein tüchtiger und sittlich strenger Mensch es als seine Pflicht erkennt, zur Vertheidigung einer Sache, die er als eine gute ansieht, sich der vollen gesetzlich ihm eingeräumten Freiheit zu bedienen, und erst da stehen zu bleiben, wo das Gesetz ihm Halt gebietet? Und wenn dies der Fall ist, reducirt sich dann sein Verschulden nicht darauf, daß er die Ansicht des Richters über die Subsumtion seiner Schrift unter das gesetzliche Verbot nicht vorauszusehen vermochte?

Man läuft also Gefahr, dem Einzelnen schweres Unrecht zu thun, wenn man hier Repressivmaßregeln anordnet, die ein juristisches oder gar ein sittliches Verschulden zur Voraussetzung haben. Noch mehr aber gefährdet man damit die öffentliche Ordnung; denn die Gefährlichkeit einer Druckschrift ist von der Gesinnung dessen, der für sie verantwortlich ist, ganz unabhängig. Eine in gutem Glauben ausgestreute falsche Nachricht, eine gut gemeinte, aber tactlose, die Verhältnisse nicht genügend würdigende Aeußerung kann leicht gefährlicher werden, als ein mit kalter Bosheit und listiger Berechnung unternommener Angriff. Sind nun die Repressivmaßregeln, welche angewendet werden sollen, so beschaffen, daß sie ihrer Natur nach nur gegen einen S c h u l d i g e n angewendet werden können, so ist ein Doppeltes möglich: E n t w e d e r das Gesetz bleibt der Natur der Sache getreu, dann wird der Richter das subjective Moment voran zu stellen und überall frei zu sprechen haben, wo dieses nicht vorhanden oder nicht genügend erwiesen ist; dann aber wird — man darf sich darüber nicht täuschen — der Schutz, den die öffentliche Ordnung findet, ein sehr schwacher sein. — O d e r Gesetz und

Gericht nehmen ihre Zuflucht zu einer Reihe von Fictionen, um da, wo objectiv ein Mißbrauch der Presse zu erkennen ist, durch die Schwierigkeiten, die der Nachweis des subjectiven Momentes bietet, nicht aufgehalten zu werden; hier wird die Rückwirkung auf die öffentliche Moral, auf das Ansehen der Gerichte, auf die Achtung vor dem Gesetz eine sehr traurige sein; die öffentliche Ordnung wird eben dadurch tiefer gestört werden, als durch die Verirrungen der Presse, welche durch solche Mittel verhindert werden sollen. Die einschüchternde Wirkung der letzteren wird aber nach einiger Zeit auch zur Folge haben, daß Personen, denen es nicht gleichgiltig ist, verurtheilt und bestraft zu werden, sich von der Wirksamkeit auf dem Gebiete der Presse zurückziehen, und es denen, welche es in dieser Beziehung leichter nehmen, ganz oder doch so weit räumen, als nöthig ist, um sich selbst jeder unmittelbaren Berührung mit den Preßbehörden zu entziehen. Auf solche Weise bewirkt man es, daß die Beschäftigung mit der Literatur — soweit dieselbe Maßregelungen dieser Art ausgesetzt sein kann — zu einem rein gewerblichen Unternehmen, wenn nicht gar zum Industrieritterthum herabsinkt. Wer darunter am meisten leidet, das ist nicht der Einzelne, der für sich oder auch nur für seine Thätigkeit leicht ein Land findet, wo das Gesetz gerechter oder wenigstens seine Anwendung billiger ist, — sondern die öffentliche Ordnung selbst, welcher dadurch nützliche Verbündete entzogen und gefährliche Feinde herangezogen werden.

Es ist also klar, daß bei den gegen den Mißbrauch der Presse zu ergreifenden Repressivmaßregeln nicht das subjective, sondern das objective Moment, nicht das Verschulden des Schriftstellers oder Verlegers, sondern die Gefährlichkeit der Schrift, nicht die Bestrafung ihres Urhebers oder seiner Mitschuldigen, sondern die Verhinderung des von ihr besorgten Nachtheiles in's Auge zu fassen sei. Es ist hohe Zeit, mit dem Irrthum zu brechen, daß es zwischen der Censur und der „Preßfreiheit mit Galgen“ ein Mittleres nicht gebe. Allen Bedürfnissen der öffentlichen Ordnung ist vollkommen genügt, wenn die Staatsbehörden die Unterdrückung einer die öffentliche Ordnung bedrohenden Schrift zu bewirken vermögen; dem Einzelnen aber ist seine Freiheit vollkommen gewahrt, wenn die Frage, ob eine solche Unterdrückung zulässig sei, im Allgemeinen durch das Gesetz beantwortet wird, im einzelnen Falle aber durch ein Gericht, vor welchem volle Freiheit der Vertheidigung und Rechtsausführung gewahrt wird.

Handelt es sich um Bücher, so ist an der Ausführbarkeit solcher Maßregeln nicht zu zweifeln; ehe diese eine irgend nennenswerthe Verbreitung gefunden haben, vermögen die Staatsbehörden einzuschreiten. Die Zulassung einer vorläufigen Beschlagnahme durch richterlichen Befehl unter Vorbehalt definitiver Entscheidung nach einem geordneten Verfahren und Anhören der Betheiligten, — eine besondere Strafbestimmung gegen listige, auf Irreführung der öffentlichen Aufsicht berechnete Vorgänge (z. B. Verbreitung einer politischen Schrift unter dem Titel eines Kochbuchs) — bei Flugschriften endlich die Bestimmung eines kurzen Zwischenraumes zwischen der Vorlage bei der Behörde und dem Beginn der Ausgabe: diese Maßregeln reichen vollkommen aus, um hier dem richterlichen Verbot die volle Wirksamkeit zu sichern. Es ist auch nicht zu besorgen, daß der Wegfall persönlicher Verantwortlichkeit zu einem frevelhaften Spiel ermuthigen könnte, wobei man es, selbst von der Unzulässigkeit der Schrift überzeugt, darauf ankommen läßt, ob es ihr gelingen werde, der Aufmerksamkeit der Behörden und dem Verbot des Richters zu entgehen; denn der Schade, der aus einem solchen mißlungenen Versuche erwächst, ist immerhin kein solcher, dem man sich muthwillig aussetzen mag.

Nicht ganz so liegen allerdings die Dinge bei Zeitungen, bei welchen überdies die Gefahr, die überhaupt vom Mißbrauch der Presse zu besorgen ist, am höchsten steigt. Man darf nicht verfügen, daß das Blatt noch vor der Ausgabe der Behörde vorgelegt werde, um ihr Zeit zu lassen, die Beschlagnahme zu erwirken; die Erfahrung hat gelehrt, daß so die Censur auf einem Umweg wieder hergestellt werden kann, weil die Zeit nicht ausreicht, um statt des mit Beschlag belegten Blattes noch ein neues auszugeben, und weil die häufige Wiederkehr von Beschlagnahmen die Herausgeber geneigt macht, bloße Correcturabzüge vorzulegen. Aber auch die öffentliche Ordnung gewinnt dabei weniger, als sie verliert, weil die Censur eben überhaupt ihr mehr noch als den Einzelnen schadet, und weil für den bei Nacht und in frühester Morgenstunde zu besorgenden Dienst sich nicht leicht mit den nöthigen Eigenschaften versehene Beamte finden. Man wird daher nicht hindern können, daß zwischen dem Beginn der Ausgabe und der Beschlagnahme einige Stunden vergehen, während welcher das Blatt durch Post und Eisenbahnen in alle Weltgegenden enttragen, in der Stadt selbst aber in die Hände Aller gelangt ist. Von einer Beschlagnahme der bereits

in Privatbesitz übergegangenen Exemplare kann und darf aber keine Rede sein.

Dennoch treten die Gründe, welche gegen das Zurückgreifen auf die Personen sprechen, bei Zeitschriften in erhöhtem Grade ein. Hier zumal kann bei der Hast, in welcher der Journalist genöthigt ist, über große Ereignisse des Tages sich eine Meinung zu bilden und sie in einer Allen zugänglichen Weise auszusprechen, eine unbedachte Aeußerung leicht vorkommen, deren Tragweite jedem in Ruhe Lesenden und Prüfenden sehr deutlich vor Augen steht, dennoch aber dem Schreibenden selbst im Moment, wo er schrieb und drucken ließ, entgehen konnte. Hier ganz besonders wird man, festhaltend an dem Princip der persönlichen Verantwortlichkeit, der Justiz nur die Wahl lassen können, mit sehenden Augen blind zu sein und statt des wahren Schuldigen, den man nicht kennt, Dritte zu strafen, von denen man eben nur weiß, daß sie nicht die wahren Schuldigen oder doch nicht die am meisten Schuldigen seien — oder in gehässiger Weise die ursprünglich für die Entdeckung von Räubern und Dieben ersonnenen Mittel auf die Ausforschung der Manuscripte und ihrer Urheber anzuwenden, und wenn diese Mittel durch die Anwendung sehr mäßiger Vorsicht oder durch etwas Standhaftigkeit vereitelt werden, sich zuletzt doch auf die sachliche Haftung oder auf etwas, was dieser nahe kommt, beschränken zu müssen.

Allerdings muß die sachliche Haftung bei Zeitungen durch besondere Bestimmungen geregelt werden, an denen es aber in den Preßgesetzgebungen des Continents, zum Theil selbst Englands, ohnehin nicht fehlt. Ich meine: die Bestellung einer Caution und die Einziehung eines Theiles derselben wegen vorgefallener Preßdelicte und das Recht, bei Wiederholung der Verurtheilung innerhalb einer gewissen Zeit das Erscheinen der Zeitschrift temporär einzustellen. Beide Maßregeln pflegen noch neben der Verurtheilung der Personen zu bestimmten sie treffenden Strafen verhängt zu werden. Dennoch treffen sie empfindlich genug, um alle an dem Unternehmen Betheiligten zu bestimmen, die äußerste Sorgfalt aufzuwenden, um die Wiederkehr derselben zu vermeiden. Der moralische Eindruck des gerichtlichen Erkenntnisses, welcher sie für zulässig erklärt, kann nur dadurch gesteigert werden, daß es nicht noch außerdem eine persönliche Strafe verhängt, die in sehr vielen Fällen einem bloßen Unglück oder gar einem leidigen Mittel, um die

eigentliche Hauptsache, die angeblichen Nebenfolgen, zu erlangen, sehr ähnlich sieht.

Es kann übrigens hier nicht der Ort sein, näher zu untersuchen, inwiefern die besondere Beschaffenheit einzelner Preßdelicte, die eigenthümlichen Verhältnisse einzelner Länder es für die Gesetzgebung räthlich erscheinen lassen mögen, für gewisse, genau zu bezeichnende Fälle auch eine persönliche Bestrafung zuzulassen.

Andererseits muß schon hier bemerkt werden, daß da auch die sachliche Repression einen tiefen Eingriff in wichtige Rechte enthält, nur die Gerichte darüber entscheiden können, und daß, weil kein Richter mit Beruhigung einen endgiltigen Spruch fällen kann, ohne beide Theile vernommen zu haben, einem Vertreter jener Rechte volles Gehör gewährt werden müssen[26]).

Die größte Schwierigkeit einer Preßgesetzgebung, welche von den bisher entwickelten Grundsätzen abweicht, liegt in der Regelung der Verantwortlichkeit der verschiedenen an der Veröffentlichung einer Druckschrift betheiligten Personen. Man muß in dieser Beziehung vier verschiedene Systeme unterscheiden:

a) das System der gleichzeitigen und gleichartigen,
b) das der successiven gleichartigen,
c) das der gleichzeitigen und ungleichartigen, endlich
d) das der successiven und ungleichartigen Haftung.

Jedes dieser Systeme bringt in die Augen springende und oft gerügte Inconvenienzen mit sich. Die gleichartige Haftung, das System, nach welchem Verleger, Drucker, Sortimentshändler und wer nicht noch, sei es als Hauptschuldige, sei es als Gehilfen des Verfassers zu strafen sind, ist geradezu widersinnig, wenn nicht gestattet und gefordert wird,

---

[26]) Die neueste Oesterreichische Preßgesetzgebung hat dem richtigen Gedanken insofern Rechnung getragen, als sie (§. 16 des Gesetzes über das Strafverfahren in Preßsachen vom 17. Dezbr. 1862) gestattet, daß eine Verfolgung der Druckschrift ohne Anklage gegen eine bestimmte Person stattfinde. Ihre Mängel bestehen aber darin, daß dies lediglich in das Ermessen des Staatsanwaltes gestellt ist, und daß die Vertheidigung durch Ausschließung der Oeffentlichkeit und dadurch beeinträchtigt wird, daß die Betheiligten vor dem Verbot gar nicht vernommen werden, und daß sie daher auf eine schriftliche Beschwerdeführung vor den höheren Instanzen beschränkt sind. Diese Umstände, dann die Dehnbarkeit der anzuwendenden Strafgesetze, welche gerade nur durch das hier zurückgesetzte subjective Moment einigermaßen beschränkt sind, und die daraus hervorgegangene Häufung von Verboten haben in neuester Zeit der sog. objectiven Verfolgung zahlreiche Gegner erweckt; man sollte aber den gesunden und entwicklungsfähigen Kern der Einrichtung nicht verkennen.

daß das subjective Moment hinsichtlich jeder dieser Personen von Fall zu Fall aufrichtig und erschöpfend gewürdigt werde. Wo dies nicht geschieht, kann es kaum als eine Milderung der großen Ungerechtigkeit, die hierin liegt, angesehen werden, wenn das Gesetz dem Einzelnen gestattet, sich durch die Namhaftmachung oder etwa gar Ueberführung eines Vormannes der Strafe zu entziehen. Thatsächlich wird bei einer solchen Einrichtung nicht die Schuld bestraft, sondern das Unglück, den Vormann nicht nachweisen zu können, oder das ehrenhafte Festhalten an einem übereilt gegebenen Wort, an einer wirklichen oder vermeintlichen moralischen Verpflichtung. Wird dagegen bei jedem einzelnen Beschuldigten das subjective Moment selbstständig gewürdigt, so hat es allerdings seine Berechtigung, wenn gleichzeitig mit dem Verfasser die Nebenpersonen als Gehilfen u. s. w. bestraft werden; allein die wirkliche Erfüllung jener Forderung führt fast unvermeidlich zur völligen Vereitelung der gesetzlichen Strafdrohung. Der Mittelweg, zwei Arten der Verantwortlichkeit zu unterscheiden, — die für das durch den Inhalt begangene Delict und die wegen Vernachlässigung pflichtmäßiger Obsorge — ist weniger bedenklich, zumal wenn trotzdem nur eine subsidiäre Haftung zugelassen wird, und diese an Bedingungen geknüpft wird, deren Erfüllung der Angeschuldigte im entscheidenden Augenblicke (d. h. in demjenigen, wo er auf die Veröffentlichung eingeht) in seiner Hand hat. Aber auch hier ist es nicht zu vermeiden, daß ein Uebel, welches alle Merkmale eines empfindlichen Strafübels an sich trägt, durch Fictionen, durch die Verwechselung der civilrechtlichen und strafrechtlichen Haftung, durch das Verdecken und Ignoriren des wahren Sachverhaltes einer Person zugefügt wird, welche eine eigentlich strafbare Handlung nicht begangen hat.

Es wird genügen, auf zwei wichtige Punkte aufmerksam zu machen.

Die Preßgesetze und die zu ihrer Anwendung berufenen Behörden ignoriren die durch das Gesetz der Arbeitstheilung und durch Zufälle, denen jeder Mensch unterworfen ist, nothwendig gemachte Stellvertretung in der Arbeit, zumal wenn sie nicht eine vollständige und permanente ist. Man halte sich beispielsweise nur an jene Person, deren Verantwortlichkeit noch mit Recht als die strengste angesehen wird. Dem gewissenhaftesten Redacteur kann es begegnen, daß ihn ein Unwohlsein oder ein Vorfall in seiner Familie nöthigt, für einen Tag sein Geschäft einem Mitarbeiter zu überlassen, in Bezug auf welchen die gesetzlichen

Formalitäten nicht erfüllt sind. Fällt ihm nun bei der Auswahl dieser Persönlichkeit kein Verschulden zur Last, so steht er auch außerhalb des Gebietes strafrechtlicher Culpa. Dennoch wird er der Bestrafung schwerlich irgendwo entgehen, zumal da man einen solchen occasionellen Stellvertreter nicht mit den gegen den wirklichen Redacteur angedrohten Strafen belegen kann.

Noch bedenklicher ist die Lage des Verlegers oder gar des Druckers. Aller Welt leuchtet ein, daß weder dem Einen noch dem Anderen eine eingehende Prüfung der Werke, an deren Veröffentlichung er sich betheiligt möglich sei, und daß er, wenn er sie übernimmt, in unlösbare Conflicte gerathen müsse. Man weiß es, wie schwierig die Beurtheilung der Strafbarkeit von Preßsachen sei; selten ist ein Fall so beschaffen, daß der Staatsanwaltschaft die Verfolgung, dem Gerichte die Verurtheilung ganz unbedenklich ist. Selbst mit dem Rathe, noch strenger zu sein, als der Staatsanwalt es sein kann, ist Druckern und Verlegern wenig geholfen, weil Diejenigen, die sich an sie wenden, ihre Bedenken leicht übertrieben finden und sie mit empfindlichen Geschäftsnachtheilen strafen können. Man nehme aber an, der Verleger thue das Aeußerste, was man an Vorsicht von ihm fordern könnte: er holt das Gutachten eines Rechtsverständigen ein! Ist er nun gedeckt? Man wird das schwerlich zugeben; denn wenn die Preßbehörde sich nicht an den Rechtsverständigen halten kann — und daran ist ja wohl nicht zu denken — so wird sie sich entschieden dagegen verwahren, daß ein Privatgutachten, und von einem solchen allein wird doch wohl die Rede sein können, die Stelle des Imprimatur vertreten könnte. Der Verleger wird also auch in diesem Falle gestraft, aber doch wahrlich nicht mehr für eine Culpa im strafrechtlichen Sinne.

Dagegen hat man die Verantwortlichkeit für Vernachlässigung pflichtmäßiger Obsorge, die ihrer Natur nach nur auf die Nebenpersonen paßt, auf die Hauptperson, den Verfasser, ausgedehnt, damit aber unter jedes dolose Preßdelict ein zweites culposes gesetzt und der Praxis ein Auskunftsmittel von ebenso bedenklicher Art, wie die außerordentlichen Strafen und die französischen circonstances atténuantes an die Hand gegeben.

In Wahrheit ist diesem Wirrsal nur auf dem bereits angedeuteten Wege zu entkommen. Bei den uneigentlichen Preßdelicten versteht sich die gleichzeitige und gleichartige Verantwortlichkeit aller Mitwirkenden,

aber auch die vollständige Würdigung des subjectiven Momentes für jeden Einzelnen derselben von selbst: die allgemeinen Strafrechtsgrundsätze finden hier uneingeschränkte Anwendung. Bei den eigentlichen Preßdelicten dagegen, welche nur objective Repression der Druckschrift, nicht aber die Verfolgung und Bestrafung einer Person zur Folge haben sollen, fällt die Frage der Verantwortlichkeit ganz hinweg, oder vielmehr: sie wird als eine rein civilrechtliche, zwischen den verschiedenen durch die Repressivmaßregel benachtheiligten Personen auszutragen sein.

Zu V.

Für die processualische Behandlung der eigentlichen Preßdelicte müssen unter allen Umständen gewisse Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen gefordert werden; diese Abweichungen würden noch größer, wenn die bisher entwickelten Vorschläge Eingang fänden. Es sind dabei hauptsächlich folgende Punkte zu erwägen:

1. Man mag im Uebrigen noch so zweifelhaft über den Werth eines streng durchgeführten Anklageverfahrens sein, hier kann ein solcher Zweifel kaum bestehen. Es handelt sich um eine ihrer Natur nach polizeiliche Maßregel, über deren Nothwendigkeit die Administration, über deren Berechtigung das Gericht zu entscheiden hat. Abgesehen von der subsidiären Privatanklage, wo die Natur der Sache für diese Raum läßt, muß daher der Staatsanwaltschaft nicht blos die Initiative für Einleitung der Preßprocesse gewahrt werden, sondern auch das Recht, den letzteren durch Rücktritt von der Verfolgung jederzeit ein Ende zu machen. In einem solchen Falle versteht es sich übrigens von selbst, daß die etwa erwirkte vorläufige Beschlagnahme aufzuheben und unter Umständen auch Schadenersatz für dieselbe zu leisten sei.

2. Die größte Beschleunigung und Vereinfachung der Procedur liegt hier ebenso sehr im Interesse der öffentlichen Ordnung, als in dem der betheiligten Privaten. Die gerichtliche Voruntersuchung, eine vorläufige Entscheidung über die Einleitung des Hauptverfahrens erweisen sich als überflüssig, sofern nicht die letztere durch Bestreitung der Zuständigkeit des Gerichts nöthig gemacht wird. Ebenso kann in der Hauptverhandlung von dem Verhör eines Beschuldigten ohnehin nicht die Rede sein, wenn das Princip der persönlichen Verantwortlichkeit aufgegeben wird. Aber auch, wenn dies nicht der Fall ist, bleibt das Verhör in Preßsachen noch bedenklicher und entbehrlicher als in anderen Fällen.

Gegen die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens in Preßsachen werden mitunter eigenthümliche Bedenken erhoben. Man weist darauf hin, daß die gerichtliche Verhandlung an und für sich eine weitere Verbreitung des incriminirten Schriftstückes bewirke und daß sie nicht selten die Gelegenheit biete, den in demselben enthaltenen Angriff unter dem Vorwand und unter den schützenden Privilegien der Vertheidigung mit verdoppelter Heftigkeit zu wiederholen. Der Anlaß für leidenschaftliche Scenen dieser Art liegt aber hauptsächlich in dem Verhör des Angeklagten, welches — für die Vertheidigung ganz überflüssig, weil für diese durch einen zusammenhängenden Vortrag des Angeklagten oder des Defensors viel besser gesorgt wird — gewöhnlich in einen höchst unpassenden Principienkampf zwischen dem Angeklagten und dem Präsidenten ausartet. Das Bekanntwerden der incriminirten Schrift in dem immerhin beschränkten Kreise derselben Zuhörer, welche Zeugen der Verhandlung und des Urtheils sind, ist ganz unbedenklich, während es keineswegs selbstverständlich ist, daß es gestattet sein müsse, in dem Bericht über die Gerichtssitzung den Wortlaut der incriminirten Stellen zu wiederholen.

Zu VI.

Bei Erörterung der wichtigen Frage, ob bei Verhandlungen in Preßsachen die Geschwornen mitwirken sollen, muß selbstverständlich auf jeden Versuch verzichtet werden, Diejenigen, welche principielle Gegner oder Anhänger der Jury überhaupt sind, von ihrer Meinung abwendig zu machen. Es kann nur erwogen werden, ob besondere Gründe bestehen, gerade in Preßsachen ausnahmsweise die Jury auszuschließen oder zuzulassen.

Für die ausnahmsweise Ausschließung der Jury von den Preßsachen lassen sich kaum andere Gründe vorbringen, als solche, welche eben die Jury an sich als unzulässig erscheinen lassen. Beachtenswerth ist unter diesen Gründen nur die Gefahr, daß die Geschwornen durch die politische Natur der meisten Preßprocesse verleitet werden könnten, ihre Functionen als politische, statt als richterliche anzusehen und bei ihrem Ausspruch mehr bemüht sind, der öffentlichen Meinung zum Ausdruck zu verhelfen, als ihre aus der Verhandlung gewonnene Ueberzeugung getreulich darzulegen. Diese Gefahr besteht nicht blos bei Preßprocessen, und wenn sie nicht durch eine zweckmäßige Bildung der Ge=

schwornenlisten, durch eine ganz besonders darauf berechnete Einrichtung des Verfahrens und durch die beharrlichen Bemühungen aller Derer, welchen am Gedeihen der Institution liegt, bekämpft wird, — der Wegfall der Preßsachen wird daran wenig ändern. Wohl aber ist es richtig, daß das Schwurgericht kaum einer härteren und gefährlicheren Probe ausgesetzt werden könnte, als wenn man es unternähme, es ausnahmsweise für Preßsachen allein einzuführen [27]).

Die Versuchung hierzu ist aber allerdings keine geringe, denn — und damit ist wohl am besten Jenen geantwortet, welche gerade in Preßsachen allein die Jury ausschließen möchten — gerade jene Gründe, welche der Einführung der Jury überhaupt das Wort sprechen, haben Preßsachen (d. h. den durch den Inhalt der Druckschriften hervorgerufenen Processen) gegenüber eine erhöhte Bedeutung. Die Sache ist so einleuchtend, daß hier nur Weniges hervorgehoben zu werden braucht. Man wird wohl schwerlich sich der Hoffnung hingeben können, daß es der Gesetzgebung jemals gelingen werde, die gegen öffentliche Aeußerungen erlassenen Verbote so zu formuliren, daß die Anwendbarkeit der dabei gebrauchten Ausdrücke auf eine bestimmte Druckschrift sich sofort und unbedenklich von selbst ergibt. Fast niemals wird die sich entgegenstellende Schwierigkeit eine juristische sein, fast niemals wird sie sich auf die Meinung und Absicht des Gesetzes, immer nur auf die Würdigung des concreten Falles beziehen. Das Gesetz wird immer Merkmale aufstellen müssen, deren Vorhandensein sich nicht durch die bloße Feststellung der Thatsachen unzweifelhaft nachweisen läßt, deren Annahme oder Nichtannahme vielmehr von der Würdigung der einzelnen Umstände, d. h. von dem subjectiven Urtheil über dieselben abhängt. Gerade zur Lösung solcher Aufgaben aber sind Geschworne vorzugsweise geeignet und berufen. Andererseits fehlt es nicht an ernsten Männern, welche gerade im Interesse des Richterstandes auf die Beiziehung von Geschwornen in Preßsachen Werth legen und um der großen Vortheile willen, die sie sich davon versprechen, die Bedenken zum Schweigen bringen, welche sie gegen die Institution im Uebrigen hegen. Es muß wohl Eindruck machen, wenn man hört, wie Friedrich Gentz in einer geistvollen Schutzrede für die Censur — gewiß der besten, die ihr überhaupt zu Theil geworden — für die Heranziehung der Jury in Preßstraf-

[27]) Geyer in der allgem. Oesterreich. Gerichtszeitung 1862 Nr. 2.

sachen sich ausspricht. Er sagt [28]): „Das Urtheil über die politische Schädlichkeit oder Unschädlichkeit einer Schrift ist jederzeit mit einem gewissen Grade von Willkür behaftet. Wir meinen nicht jene unredliche Willkür, die, der Wahrheit und eigener Ueberzeugung zum Trotz, ihre Entscheidungen aus blinder Parteilichkeit oder fremdartigen Einwirkungen schöpft, sondern nur die Willkür des Gedankens, die bei der unendlichen Verschiedenheit menschlicher Ansichten dem Einen als lobenswerth zeigt, was der Andere höchst tadelhaft findet. Ist es gleichgiltig, die Autorität der Gerichtshöfe in den Kampf der Parteien zu verwickeln? Eine Behörde, deren Ansehen und Credit für das Wohl der Gesellschaft und für ihre eigene Beruhigung nicht rein und tadellos genug erhalten werden kann, in einen Schauplatz der Willkür, auch nur der unvorsätzlichen, auch nur der scheinbaren zu verwandeln? Diese Betrachtung ist nicht ohne Gewicht. Jeder aufgeklärte Richter, der die Würde seiner Bestimmung kennt, wird gewiß gern ein Geschäft von sich ablehnen, das ihn aus der wohlthätigen Freistätte seiner gesetzmäßigen geregelten Thätigkeit auf eine unbekannt schlüpfrige Bahn wirft und ihn ohne Richtschnur und Leitfaden einer fremdartigen schweren Verantwortlichkeit preisgibt. Fällt sein Spruch wider den Staat, der den Schriftsteller vor ihm angeklagt hat, aus, was vergilt ihm das schmerzhafte Gefühl sich mit Denen, welchen er Achtung schuldig ist und deren Meinung ihm nie gleichgiltig sein kann, im Widerspruch zu finden? Verurtheilt er den Schriftsteller, wer schützt ihn, wenn auch sein Gewissen ihn freispricht, gegen die Bitterkeiten aller Art, womit eine parteiische, leidenschaftliche, vielleicht aufgebrachte Volksstimme ihn bedroht?

Die Sache wird noch kritischer, wenn man erwägt, daß in Zeiten, wo Processe gegen Preßvergehungen sich häufen, ein Tribunal, das nicht wie ein politischer Censor jeden einzelnen Fall nach seinen besonderen (oft nur von diesem gekannten) Beziehungen behandeln kann, sondern in all seinen Verhandlungen sich selbst allgemeine Grundsätze und allgemeine Normen vorschreiben muß, wenn es eine, zwei, drei Schriften von einem gewissen Tone oder Charakter gebilligt oder verdammt hatte, nicht mehr anstehen könnte, alle ähnlichen ebenfalls zu billigen oder zu verdammen. Hieraus würde sich bald ein systematischer Gang erzeugen, der das Tribunal in beständige Opposition mit der Re-

[28]) Jahrbücher der Literatur I. (Wien 1818) S. 234 bis 236.

gierung oder in beständige Opposition mit dem Publicum versetzt. Beides aber wäre gleich nachtheilig. In dem ersteren Falle würde die Regierung, von den Tribunalen verläugnet, in einem feindseligen, gehässigen Lichte, in dem anderen das Tribunal als ein unterwürfiges, blindes Werkzeug der Macht erscheinen. Und die Folge wäre immer, daß die Richter, sei es in der Wirklichkeit, sei es in der Meinung, ihre unabhängige würdevolle Stellung, die Achtung, die Gunst und das Vertrauen des besten Theils der Nation ohne Ersatz verloren haben würden.

Um einige Einwürfe zu beseitigen, hat man den Vorschlag gethan, zur Aburtheilung fiscalisch belangter Schriften, anstatt der gewöhnlichen Gerichtshöfe, ein eigenes Tribunal zu ernennen, das aus wirklichen Richtern, politischen Beisitzern und einer gewissen Anzahl sachkundiger, wissenschaftlich gebildeter Männer gemischt wäre. Eine solche Behörde wäre aber nicht mehr ein Tribunal, sondern eine außerordentliche Commission, welche die Stelle eines wahren Gerichtshofes nur unvollkommen und unsicher vertreten würde. Was eine solche Commission durch die Art ihrer Zusammensetzung an Sachkenntniß und Fähigkeit zum Urtheil auf einer Seite allerdings gewinnen möchte, würde sie auf der andern an Unabhängigkeit, an Selbstständigkeit, an Gewicht, an öffentlichem Vertrauen zehnfach wieder verlieren.

Einen weit besseren Ausweg als diesen gewährt zweifelsohne die in England bestehende Anordnung, vermöge welcher sich bei Processen dieser Art die richterliche Gewalt gleichsam in zwei abgesonderte Bestandtheile scheidet, wovon der eine, die Richterbank, den Proceß blos leitet und das Endurtheil spricht, der andere aber, die Jury, die Hauptfrage, ob der Beklagte strafbar sei oder nicht, entscheidet. Wir sind weit entfernt, in dieser Anordnung den Grad von Vollkommenheit zu erblicken, den viele sonst einsichtsvolle Männer (ganz neuerlich noch in Frankreich) ihr zugeschrieben haben. Wir glauben vielmehr, daß, wenn es auf Beurtheilung politischer Schriften ankommt, eine Jury in der Regel eine noch weit weniger competente Behörde sei, als ein gewöhnliches Tribunal. Da aber nach den vorhergehenden Bemerkungen der Verdacht, der Schein von Willkür und Parteilichkeit von keinem richterlichen Ausspruch über Preßvergehen ganz entfernt werden kann, so halten wir es unbezweifelt für besser, daß dieser Verdacht oder dieser Schein auf einem Volksausschusse, als daß er auf den Richtern haftet. Aus diesem einzigen Grunde würden wir in Ländern, wo ähnliche For-

men schon bestehen oder mit der Criminalprocedur vereinbar sind, die Jury mit allen ihren Mängeln und Gefahren der ausschließenden Verantwortlichkeit der Richter, die wir für das größere Uebel halten, vorziehen."

Ganz in demselben Sinne spricht sich Chassan[29]) aus: „Hätte die Jury kein anderes Verdienst als das des Gefühls politischer Sicherheit, welches diese Institution Allen einflößt, so läge darin allein ein hinreichender Grund, ihr den Vorzug zu geben. Was würde aus der Magistratur, wenn sie über die politischen und Preßdelicte zu erkennen hätte? Es hälfe ihr wenig, die aufgeklärtesten, liberalsten, gerechtesten Entscheidungen zu fällen; sie gälte dennoch für ein bloßes Regierungswerkzeug, instrumentum regni. Nichts wäre für die Gesellschaft wie für die Regierung gefährlicher, als einer permanenten und unabsetzbaren Körperschaft die Preßdelicte ausschließlich in die Hand zu geben. Irrthum und böser Wille einer Jury sind kein Gegenstand der Ueberlieferung. Diese Körperschaft ist so beweglich, wie die Preßdelicte selbst, über die sie entscheidet. Man kann immer hoffen, daß neue Geschworne das Uebel wieder gut machen werden, das ihre Vorgänger angerichtet. Allein in einer permanenten Körperschaft werden die Irrthümer Präzedenzfälle; auch die Leidenschaft hat ihre Präzedentien und der Gemeinsinn einer Corporation schließt den Parteigeist nicht aus. Oft verbünden sie sich und erhalten sich so Jahre hindurch. Das Werkzeug, dessen man gegen das Volk sich bedienen zu können meinte, kehrt sich gegen die Regierung selbst — es ist das Rohr, welches bricht und die darauf sich stützende Hand durchbohrt."

Aus diesen Gründen bin ich der Ansicht, daß in Ländern, wo die Jury besteht, alle eigentlichen Preßdelicte — und zwar, weil überhaupt für die Competenz der Geschwornen neben der Schwere der Strafe auch die besondere Eignung des Delictes zu berücksichtigen ist, ohne Rücksicht auf die Schwere der angedrohten Strafe — ihr zuzuweisen seien. Dieselben Gründe finden übrigens auch auf die uneigentlichen Preßdelicte Anwendung, wenigstens auf alle jene Delicte, bei welchen eine Verübung durch die Presse nicht zu den nur ganz ausnahmsweise eintretenden Verübungsarten gehört.

Gegen die durch die Periodicität der Schwurgerichtssitzungen ver-

---

29) L. c. II. 132, 132 (Nr. 1328, 1329).

anlaßte Verzögerung der Entscheidung ließe sich leicht Vorsorge treffen. Da mit Verhandlungen dieser Art kein ausgedehntes Beweisverfahren verbunden ist, auch das Preßdelict seiner Natur nach eine gewisse Ubiquität zeigt, könnten die Preßsachen durch das Gesetz an die Schwurgerichte der größeren Städte, welche ohnehin häufige Sitzung halten, gewiesen werden.

Zu VII.

Die allgemeinen Vorschriften über Verjährung reichen für Preßsachen nicht aus. Es handelt sich nicht um eine Kürzung der Verjährungsfrist. Die Wohlthaten der Verjährung gehen nämlich den an der Presse betheiligten Personen, zumal den in zweiter Linie betroffenen, immer wieder verloren; jeder Wiederabdruck, jeder neue Verkauf eines Exemplars der Schrift ist für eine Erneuerung des Delictes. Nun ist es aber sehr wohl denkbar, daß eine Schrift, die bei ihrem ersten Erscheinen unbeanständet gelassen wurde, bei einer späteren Gelegenheit in Folge einer Aenderung der herrschenden Auffassung bedenklich gefunden und verfolgt wird. Doch kann man sich kaum etwas Härteres denken, als eine solche Verfolgung gegen Denjenigen, der zur Verbreitung einer schon seit längerer Zeit existirenden und nicht verbotenen Schrift mitwirkt. Das Verbot einer verspäteten Verfolgung solcher Schriften liegt übrigens eben so sehr im Interesse der öffentlichen Ordnung, als in dem der Privatsicherheit. Die Ansichten und Auffassungen der öffentlichen Behörden müssen nothwendig mit den Personen und Zeitläufen wechseln; wenn die Organe der Preßaufsicht genöthigt wären, entweder neu erschienene Schriften, deren Inhalt sie strafbar finden, unverfolgt zu lassen, oder der bloßen Consequenz zu Liebe ältere in Aller Händen befindliche Werke zum Gegenstand einer Verfolgung zu machen, so wäre das Eine wie das Andere kaum zu ertragen. Und doch vermag nur eine allgemeine Bestimmung, welche Verfolgungen der letzteren Art kategorisch untersagt, dem Dilemma ein Ende zu machen[30]).

[30]) Vgl. §. 40 des Oesterr. Preßgesetzes.

XX.

Zur Anwendung des österreichischen Preßgesetzes.

A.

Rechtsgutachten über die Stellung des Eigenthümers einer Zeitschrift.

(Veröffentlicht in der Wiener „Presse" 1864, Nr. 11.)

Von Seite der Redaction der „Presse" sind wir unter Hinweisung auf einen in der kaiserlichen Wiener-Zeitung, Jahrgang 1863, S. 1805, unter der Aufschrift: „Aus dem Rechtsleben" abgedruckten Aufsatz ersucht worden, über die dort aufgestellte Behauptung: „Der Eigenthümer einer Zeitschrift kann in der Regel keine von deren Herausgeber und Verleger verschiedene Person sein," ein Rechtsgutachten zu ertheilen — was hiemit geschieht:

I. Zur Begründung eines jeden Geschäfts, zur Anknüpfung der für die Production und den Absatz erforderlichen Geschäftsverbindungen müssen Anstrengungen gemacht und Opfer gebracht werden, welche sich erst nach Ablauf einer gewissen Zeit lohnen können. Vergleicht man also die Lage desjenigen, welcher ein seit längerer Zeit bestehendes Geschäft betreibt, mit der eines Andern, welcher ein solches eben erst beginnt, so zeigt sich, daß der Erstere sich im Besitz von Vortheilen befinden kann, welche dem Letzteren nothwendig noch fehlen müssen. Diese Vortheile sind offenbar von großer wirthschaftlicher Bedeutung, und da sie durch das Zusammenwirken von Unternehmungsgeist, Arbeit und Capitalsaufwand erlangt sind, haben sie auch einen ganz unverkennbaren Anspruch auf rechtlichen Schutz; sie sind Objecte eines Vermögensrechtes. Dem Begründer und Unternehmer eines Geschäftes erwächst daher aus diesem seinem Verhältniß ein von den materiellen Voraussetzungen und Ergebnissen seiner Unternehmung ganz unabhängiges Vermögensrecht, nämlich das Recht auf den ausschließlichen

Betrieb dieses seinen Geschäfts. Eine Störung dieses Rechts erfolgt durch die Anmaßung des Namens, unter welchem das Geschäft betrieben wird, eine Benachtheiligung, gegen welche ein selbstständiger Rechtsschutz nothwendig ist, und von der Gesetzgebung auch wirklich gewährt wird, wie aus Artikel 20 des Handelsgesetzbuches deutlich hervorgeht. Die selbstständige vermögensrechtliche Natur der Unternehmung, des Gewerbs-Etablissements an und für sich, ist in unserer Gesetzgebung auch dadurch anerkannt, daß dem Gewerbetreibenden das Recht eingeräumt ist, sein Gewerbe auch durch einen Stellvertreter auszuüben, es zu verpachten, durch Acte unter Lebenden auf Andere zu übertragen, und es Anderen zu vererben oder zu vermachen, sowie es auch von selbst in seine Concursmasse fällt (§§. 58 und 59 der Gewerbeordnung). Es ist daher das Geschäft, das Unternehmen als solches, in den Kreis desjenigen einzubeziehen, „was ihm gehört,“ in den seines Eigenthums im Sinne des §. 353 a. b. G. B.; in diesem Sinne also ist Eigenthümer eines bestimmten Geschäftes derjenige, welcher die ausschließende Befugniß hat, dasselbe selbst zu betreiben oder durch Andere für seine oder ihre Rechnung betreiben zu lassen, respective den Namen eines bestimmten Unternehmens zu gebrauchen, oder Anderen diesen Gebrauch zu gestatten. (Vergl. insbesondere Artikel 22 des Handelsgesetzes.)

II. Was nun von dem Unternehmer eines Geschäftes im allgemeinen gilt, das gilt namentlich auch von demjenigen, welcher es unternimmt, eine Zeitschrift zu veröffentlichen. Es kann dies jetzt weniger als je einem Zweifel unterliegen, denn selbst zu jener Zeit, wo solche Unternehmungen blos auf Grund einer bestimmten Personen ertheilten Concession begonnen werden konnten, trat die vermögensrechtliche Bedeutung der einmal begründeten Unternehmung so deutlich hervor, daß dieselbe, wenn auch in beschränkter Weise, im §. 1 der Verordnung vom 27. November 1859, R. G. B. Nr. 212, anerkannt werden mußte. Gegenwärtig aber stehen solche Unternehmungen jedermann ohne Ausnahme frei, ohne daß das Gesetz hiefür andere als objective Bedingungen aufstellt, an deren Erfüllung sofort das Recht zur Herausgabe der periodischen Druckschrift, welches auch das Recht zum Verlage derselben in sich schließt (§. 10 und §. 3 Absatz 4 des Preßgesetzes) geknüpft ist. Demjenigen, welcher die Herausgabe einer Zeitschrift unternimmt, kommt insbesondere, was den Gebrauch des Titels der Zeitschrift betrifft, die Bestimmung des §. 5 lit. d) des Gesetzes zum Schutz

des literarischen und artistischen Eigenthums vom 19. October 1846 zu statten. Vielleicht ist es auch, da gerade die Gesetze über die Zeitungen zu allen Zeiten nach französischem Vorbilde sich gerichtet haben, nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß die französische Gesetzgebung den Ausdruck: Eigenthümer eines Journals (propriétaire d'un journal) beharrlich festhält. (Loi du 9. Juin 1819. art. 3, 9; Loi du 18 Juillet 1828, art. 2, 4, 6, u. s. w.; Loi du 9 Sept. 1835, art. 13, 19; Loi du 16—23 Juillet 1850, art. 1, suivant Décret organique du 17—23 Février 1852, art. 1.)

Mit vollem Rechte wird also derjenige, welcher ein Zeitungs-Unternehmen gegründet hat, oder in rechtmäßiger Weise in die Stellung des Gründers eingetreten ist, ja auch derjenige, zu dessen Gunsten ein Anderer ein solches Unternehmen begründet hat, als der Eigenthümer des Unternehmens, oder abkürzungsweise als Eigenthümer der Zeitschrift, deren Veröffentlichung unternommen ist, angesehen. Der Eigenthümer verfügt über den Betrieb des Zeitungsgeschäftes im ganzen und in allen auf die Herstellung, den Absatz und die sonstige materielle Ausbeutung der Zeitschrift (z. B. durch Inserate) bezugnehmende Einzelheiten; er ist der Träger aller einzelnen durch den Geschäftsbetrieb begründeten Rechtsverhältnisse; eben darum aber kann er die Besorgung und pecuniäre Ausbeutung einzelner Geschäftszweige, ja des ganzen Geschäftsbetriebes Anderen mit oder ohne Ertheilung von Instructionen übergeben, und sich seiner Befugnisse zu Gunsten Anderer entkleiden, ohne daß er darum aufhört, Eigenthümer zu sein. Dies Letztere tritt erst in dem Augenblicke ein, wo er dem Rechte, diese Zeitschrift unter diesem Titel erscheinen zu lassen, für immer entsagt hat.

III. Hieraus ergibt sich, daß der Eigenthümer einer Zeitschrift und die an der Veröffentlichung derselben betheiligten Personen in den verschiedensten gegenseitigen Verhältnissen stehen können. Es kann vorkommen, daß der Eigenthümer der Zeitschrift eine selbst von dem Unternehmer verschiedene Person ist: nicht selten begnügen sich diejenigen, welchen aus politischen, religiösen, wissenschaftlichen Gründen an dem Bestehen eines bestimmten Blattes gelegen ist, und welche die zu dessen Gründung erforderlichen Capitalien aufwenden, mit dem Eigenthum im engsten Sinne; sie überlassen den Betrieb des Geschäftes und dessen Ausbeutung einem Unternehmer, und erreichen die ihnen wichtigen Zwecke dadurch, daß sie sich das Recht wahren, jederzeit oder nach Ablauf

einer gewissen Zeit das Zeitungsunternehmen an sich zu ziehen und einem Anderen zu übertragen. — In vielen anderen Fällen ist der Eigenthümer zugleich Unternehmer; allein es fehlt ihm Zeit, Fähigkeit, Neigung, den Betrieb eines auf so mannigfachen Voraussetzungen beruhenden Geschäftes selbst zu besorgen; er überläßt dies daher in größerem oder geringerem Umfange einer oder mehreren anderen Personen, die er entweder salarirt oder durch Antheile am Gewinne entlohnt, oder denen er auch den ganzen Ertrag gegen eine Rente überläßt. Solcher Combinationen lassen sich sehr viele denken, und da ein Zeitungsunternehmen nach seiner materiellen (privatrechtlichen) Seite hin ein Geschäft wie jedes andere ist, welches die daran betheiligten Personen völlig nach Belieben ordnen können, so muß jede dieser Combinationen als eine rechtlich zulässige anerkannt werden.

Wenn es daher aus Anlaß eines Nachdrucksprocesses oder einer Executionsführung auf Feststellung des Subjects eines bestimmten Rechtes ankommt, so werden die Gerichte diese Verhältnisse, wie sie wirklich bestehen und erwiesen vorliegen, ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen haben, nicht aber eine Fiction, am allerwenigsten eine aus dem Preßgesetz abgeleitete.

IV. Das Preßgesetz spricht nirgends vom Eigenthümer und Unternehmer einer periodischen Druckschrift, sondern immer nur vom Herausgeber. Läßt sich nun behaupten, daß es unter dem letzteren den Eigenthümer oder Unternehmer meine? Es gibt einen doppelten Weg, um die Bedeutung der im Preßgesetze zur Bezeichnung gewisser Personen gebrauchten Ausdrücke festzustellen. Man kann entweder untersuchen, welche Pflichten nach dem Preßgesetze dem Redacteur, Verleger, Herausgeber, Drucker obliegen, und wendet dann jene Ausdrücke auf diejenige Person an, welche ausdrücklich diese Pflichten übernommen hat, oder man geht von den Benennungen aus, sucht festzustellen, welche Geschäfte und Verrichtungen der durch sie bezeichneten Person zukommen, und folgert daraus, daß diese letztere auch jene Person sei, welche die im Preßgesetz an die Benennung geknüpfte Verantwortlichkeit zu tragen habe. Von diesen beiden Vorgängen scheint uns im allgemeinen der erstere richtiger und sicherer. Hienach erscheint als Herausgeber einer periodischen Druckschrift derjenige, welcher sich als solcher vor der Behörde erklärt, und eben damit die nach dem Gesetz den Herausgeber treffende Verantwortung ausdrücklich übernimmt.

Unter dieser Voraussetzung ist es nun ohne Zweifel vollkommen gleichgiltig, ob der Herausgeber einer periodischen Druckschrift auch deren Eigenthümer sei oder nicht, und es ist kein Fall denkbar, wo der Preßbehörde gegenüber eine Darlegung dieses Verhältnisses irgendwie nothwendig wäre.

Hält man sich dagegen an die durch die gesetzlichen Ausdrücke angedeuteten Beschäftigungen, so zeigt sich sofort, daß jene unmöglich auf den Eigenthümer als solchen passen können. „Nach allgemeinen Grundsätzen," heißt es in einer Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 17. Juni 1863 (Oppenhoff, Rechtsprechung III. S. 503 ff.), „ist der Herausgeber eines Werkes derjenige, welcher das Erscheinen desselben vermittelt" — also diejenige Person, welche das Werk des Einzelnen übernimmt und dessen Drucklegung und Verbreitung veranlaßt, die Mittelsperson zwischen dem Autor einerseits, Drucker und Verleger andererseits. Wenn nun auch bei periodischen Druckschriften diese Vermittlung zunächst der Redacteur bewirkt, welcher über die Aufnahme der einzelnen Beiträge verfügt und dem Drucker die erforderliche Anweisung ertheilt, so kann immerhin aus der in den §§. 9 und 10 des Preßgesetzes dem Herausgeber einer periodischen Druckschrift angewiesenen Stellung (namentlich aus seiner theilweisen Parallelisirung mit dem Verleger) gefolgert werden, daß er die Aufgabe habe, nach Feststellung des Inhalts der einzelnen Nummern einer Zeitschrift durch den Redacteur, sich seinerseits darüber zu entscheiden, ob derselbe dem Druck zuzuführen, beziehungsweise ob das Gedruckte hinauszugeben sei, und dies sodann zu veranlassen. (Daß das Preßgesetz, wenn es von Herausgeber und Herausgabe spricht, gerade diese letzten, der eigentlichen geistigen Arbeit nachfolgenden Operationen vor Augen habe, geht aus jenen Stellen hervor, wo es vom Ort der Herausgabe, vom Beginn der Herausgabe (§§. 10 und 11) spricht; an beiden Stellen ist das Erscheinen, die Ausgabe, Druck und Verschleiß gemeint.) Die Beschäftigung des Herausgebers besteht also in der Herstellung der Verbindung zwischen Redaction, Druckerei und Vertrieb, und in einer fortwährenden mindestens negativen überwachenden Beeinflussung dieser Geschäftszweige.

Nun mag es an diesem Ort dahingestellt bleiben, ob nach der Natur der Dinge und nach den Anordnungen des Preßgesetzes die

Herausgabe eines Journals nicht auch ohne solche Intervention erfolgen könne; außer allem Zweifel aber ist, daß man recht wohl Eigenthümer eines Zeitungsunternehmens sein, ja selbst die pecuniären Ergebnisse desselben ausschließlich für sich beziehen könne, ohne darum gerade diese specifische Beschäftigung des Herausgebers in eigener Person zu betreiben. Besteht nun etwa ein Gesetz, welches dem Eigenthümer persönlich dieses Geschäft auferlegt? Man wird keines nachzuweisen vermögen!

Der Eigenthümer einer Zeitschrift kann in großer Entfernung von dem Orte der Herausgabe wohnen; das Eigenthum einer Zeitschrift kann einer Actiengesellschaft, einer Commune, ja der Regierung selbst zukommen; es kann in eine erblose Verlassenschaft, in eine Concursmasse, in das Vermögen eines Wahnsinnigen oder eines Kindes fallen. Kann man sagen, daß das Eigenthum beim Eintreten eines dieser Umstände verloren gehe? Hat das Gesetz für sie Vorkehrungen getroffen, welche sie als Ausnahmsfälle charakterisiren? Und wenn nicht — so ist doch gewiß dargethan, daß man Eigenthümer sein kann, und doch weder Herausgeber noch Verleger zu sein braucht. Sind aber die Begriffe Eigenthümer und Herausgeber nicht identisch, so fehlt es auch an jedem Anhaltspunkte dafür, daß der Eigenthümer jemals verhalten werden könnte, das Geschäft und damit auch die Verantwortlichkeit des Herausgebers selbst zu übernehmen.

V. Wollte man auf dem Gegentheile beharren, wollte man aller Evidenz zum Trotz den Herausgeber mit dem Unternehmer des Zeitungsgeschäftes, respective mit dessen Eigenthümer indentificiren, was hätte man erreicht? Man hätte entweder wichtige Bestimmungen des Preßgesetzes ganz illusorisch gemacht, oder man müßte sie in einer Weise anwenden, welche von einer Ungerechtigkeit zur andern führt.

Um dies vollkommen deutlich zu machen, muß zunächst hervorgehoben werden, daß die nach dem allgemeinen Strafgesetz eintretende Verantwortlichkeit für den Inhalt einer Druckschrift von der allgemeinen geschäftlichen Beziehung ganz unabhängig ist; wer immer vorsätzlich zur Veröffentlichung einer Druckschrift von ihm bekannten strafbaren Inhalt beiträgt, verfällt dadurch schon dem Strafgesetz, und es kommt noch weiter gar nicht darauf an, ob er Eigenthümer, Redacteur, Herausgeber u. s. w. sei, oder nicht. Diese Stellungen kommen somit nur da in Betracht, wo entweder preßpolizeiliche Vorschriften (Bestimmungen zur Aufrechthaltung der Ordnung in Preßsachen) ver-

letzt sind, oder bei Veröffentlichung einer Druckschrift von strafbarem Inhalte eine Vernachlässigung pflichtmäßiger Obsorge stattgefunden hat. Was speciell den Herausgeber einer periodischen Druckschrift betrifft, so haftet er auf Grund des §. 11 des Preßgesetzes allerdings nur so weit, als ihm ein Verschulden zur Last fällt. Es ist ferner sehr unwahrscheinlich, daß die den Herausgeber betreffende Vorschrift des §. 30 im Preßgesetz auf den Herausgeber einer periodischen Druckschrift anwendbar sei, da für letztere im §. 32 besonders vorgesorgt ist, während §. 30 die Intervention eines Redacteurs gar nicht berücksichtigt. Wollte man sich indeß darüber hinaussetzen, so wäre der Herausgeber einer Zeitschrift verpflichtet, sich bei jedem einzelnen Artikel die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der Verfasser im Inlande seinen bleibenden Aufenthalt habe, im entgegengesetzten Falle aber vom Inhalte Kenntniß zu nehmen. Beharrt man nun irriger Weise darauf, daß der Eigenthümer an sich der Herausgeber sei, der wahre Herausgeber aber, welcher zwar Geschäfte vornimmt, vermöge deren die Gesetzwidrigkeit entdeckt und verhindert werden kann, verschwindet, so ist das Ergebniß von Fall zu Fall dieses: Entweder man berücksichtigt den Umstand, daß der Eigenthümer nach Lage der Dinge von dem Vorgange keine Kenntniß haben konnte, dann gehen der angebliche und der wirkliche (aber nicht anerkannte) Herausgeber straflos aus, und die gesetzliche Vorschrift, nach welcher der Herausgeber zu nennen ist (§§. 9 und 10 Preßgesetz), verfehlt ihren Zweck; oder man straft den willkürlich zum Herausgeber gestempelten Eigenthümer, weil er eben jene Geschäfte einem Dritten überließ, und diesen ein Verschulden trifft, für das er nicht gestraft werden kann: man macht den Eigenthümer zum „Strohmann“ des wahren Herausgebers!

VI. Worauf stützt sich nun aber die in dem uns vorgelegten Aufsatz vertretene Annahme, daß im Sinne des Preßgesetzes jene Person als Herausgeber anzusehen sei, welcher das Eigenthum derselben zukomme?

Im wesentlichen auf folgenden Gedankengang: Das Eigenthum einer Zeitschrift ist nichts anderes, als das sogenannte literarische Eigenthum an dem Inhalt der schon herausgegebenen Blätter, Jahrgänge u. s. w. Dieses Eigenthum weist das Gesetz zum Schutz des literarischen und artistischen Eigenthums dem Herausgeber zu; nun bürdet aber auch das Preßgesetz dem Herausgeber einer Zeitschrift eine strafrechtliche

Verantwortung auf; folglich müssen diese Beziehungen nothwendig in derselben Person zusammentreffen: Der Eigenthümer der Zeitschrift, der Herausgeber im Sinne des Preßgesetzes und der Herausgeber im Sinne des Gesetzes zum Schutz des literarischen und artistischen Eigenthums müssen eine und dieselbe Person sein.

Aus dem früher Gesagten geht nun aber hervor, daß dieser Beweisführung eine ganz irrige Verwechslung des Eigenthums des Zeitungsunternehmens mit dem literarischen Eigenthume am Inhalt der Zeitschrift zu Grunde liege. Außerdem aber ist zu bemerken: Es besteht keinerlei Zusammenhang zwischen dem Gesetz zum Schutz des literarischen und artistischen Eigenthums und dem Preßgesetz, wie denn auch das erstere bei fortwährendem Wechsel der Preßgesetze und Preßordnungen stets unberührt geblieben ist. Es ist daher nicht der geringste Grund vorhanden, anzunehmen, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit und das Autorrecht oder sogenannte literarische Eigenthum in derselben Person zusammentreffen müssen. Das Gegentheil geht vielmehr schon daraus hervor, daß die erstere, nicht aber auch das letztere erst durch die (beginnende) Veröffentlichung begründet wird, — daß das Autorrecht nach Belieben an Dritte abgetreten werden kann, während die Verantwortlichkeit vor dem Straf- und Preßgesetze an bestimmte factische Voraussetzungen geknüpft ist, und daher nicht willkürlich übertragen werden kann. Auch stimmen die in beiden Gesetzen vorkommenden Ausdrücke keineswegs überein. So steht, was die strafrechtliche Verantwortlichkeit betrifft, der Redacteur der periodischen Druckschrift obenan. Diesen Ausdruck kennt nun das Gesetz vom 19. October 1846 nicht; dagegen aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wenn im §. 1 lit. b. vom „Herausgeber oder Unternehmer eines Werkes, welches durch selbstständige Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet wird," die Rede ist, die erstere dieser beiden Benennungen bei einer Zeitschrift nur auf den Redacteur Anwendung finden könne. Der Herausgeber im Sinne des Nachdrucksgesetzes ist daher niemand Anderer als der im Preßgesetz „Redacteur" Genannte. Deshalb nennt das Nachdrucksgesetz alternativ auch noch den Unternehmer, welcher daher auch im Sinne dieses Gesetzes eine vom Herausgeber verschiedene Person ist. Und nun soll der Unternehmer des Zeitungsgeschäftes und gar der Eigenthümer deshalb mit dem „Herausgeber" des Preßgesetzes identisch sein, weil er mit dem „Heraus-

geber" des Nachdrucksgesetzes nicht identisch ist, sondern nur gleich diesem Rechte haben kann, welche ihm übrigens auch schon als „Besteller eines Werkes, welcher dessen Ausführung nach einem gegebenen Plane und auf seine Kosten an einen Anderen übertragen hat" (§. 1 lit. a des Gesetzes von 1846), gebühren würden!

VII. Wir können daher den in dem fraglichen Aufsatz aufgestellten Behauptungen in keinem Punkte beipflichten, sind vielmehr der Ansicht:

1. Der Eigenthümer einer Zeitschrift kann (und wird sehr oft) eine von deren Herausgeber und Verleger verschiedene Person sein.

2. Das Eigenthum einer Zeitschrift besteht nur in der vermögensrechtlichen Befugniß, eine Zeitschrift unter einem bestimmten Titel erscheinen zu lassen.

3. Herausgeber einer Zeitschrift im Sinne des Preßgesetzes ist derjenige, welcher die dem Herausgeber nach dem Preßgesetz zukommenden Pflichten ausdrücklich übernommen hat, — allenfalls derjenige, welcher die Geschäfte, woran jene Pflichten geknüpft sind, besorgt.

4. Das sogenannte literarische Eigenthum am Inhalt der Zeitschrift steht an sich weder dem Eigenthümer, noch dem Herausgeber der Zeitschrift, als solchen zu, sondern hängt von dem privatrechtlichen Verhältniß ab, welches zwischen den verschiedenen an der Veröffentlichung der Zeitschrift betheiligten Personen besteht.

Wien, am 5. Jänner 1864.

Professor Dr. Julius Glaser.
Professor Unger.

B.

Verbot eines Leihbibliothek-Kataloges.

(Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1863 Nr. 148.)

In Nr. 137 der G. Z. ist eine Entscheidung des k. k. öst. Oberlandesgerichtes mitgetheilt, in welcher das Verbot eines Leihbibliothekkataloges aus dem Grunde ausgesprochen wird, weil in dem Kataloge zwei durch gerichtliche Erkenntnisse für verboten erklärte Bücher aufgeführt sind.

Diese Entscheidung ist, wie Niemand verkennen wird, in principieller Hinsicht nicht unwichtig, in praktischer von der größten Bedeutung. Die Letztere ist wohl schon dadurch genügend bezeichnet, daß, wenn die Erwägungen richtig sind, auf welchen das erwähnte Erkenntniß beruht, der Meßkatalog Semester für Semester verboten werden kann. Es lohnt also wohl der Mühe, die Gründe, welche gegen die Richtigkeit dieser Motivirung sprechen, auseinander zu setzen.

Das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes geht davon aus, daß die Aufnahme verbotener Druckschriften in den gedruckten Katalog einer öffentlichen Leihbibliothek in objectiver Beziehung einen strafbaren Inhalt im Sinne des §. 24 des Preßgesetzes bilde. Es wird also zunächst zu untersuchen sein, ob durch den bezeichneten Vorgang die Vorschrift des §. 24 P. G. wirklich verletzt werde?

Diese Gesetzesstelle lautet:

„Wer eine Druckschrift ungeachtet des durch richterliches Erkenntniß ausgesprochenen, gehörig kundgemachten Verbotes weiter verbreitet oder deren Inhalt durch den Druck veröffentlicht, macht sich eines Vergehens schuldig . . .“

Vor Allem ist einleuchtend, daß die Anführung des Titels eines verbotenen Buches in einer Druckschrift unmöglich unter die Worte:

„deren Inhalt durch den Druck veröffentlicht" gebracht werden könne. Auch das k. k. Oberlandesgericht geht (wie es scheint) nicht von dieser Auffassung aus. Dennoch haben diese Worte für unsere Frage eine sehr große Bedeutung; denn aus ihnen folgt a contrario, daß §. 24 des Preßgesetzes sich nicht auf die Veröffentlichung des Inhaltes einer Druckschrift beziehe, wenn diese Veröffentlichung nicht selbst wieder durch den Druck erfolgt, und ebenso wenig auf die durch den Druck erfolgende Veröffentlichung, welche sich nicht als Veröffentlichung des Inhaltes darstellt. Ein Beispiel für den ersteren Fall wäre die öffentliche Vorlesung einer verbotenen Druckschrift; der zweite Fall tritt ein, wenn eine verbotene Druckschrift durch den Druck erwähnt, anempfohlen, angeboten wird. Schon hieraus folgt also: Durch den Druck kann sich gegen §. 24 des Preßgesetzes nur Derjenige vergehen, welcher den Inhalt einer verbotenen Druckschrift veröffentlicht. Außerdem aber geht aus dem bloßen Umstande, daß das Gesetz die angeführten Worte neben dem Ausdruck: „weiter verbreitet" noch nöthig findet, deutlich genug hervor, daß es den letzteren Ausdruck in einem ganz materiellen Sinne nehme, und ihn nicht auf die Verbreitung des Inhaltes einer Druckschrift, sondern lediglich auf die der gedruckten Exemplare beziehe.

In dieser Annahme wird man noch bestärkt, wenn man in Erwägung zieht, daß im §. 32 der Preßordnung vom Jahre 1852 außer der Verbreitung auch noch die Einfuhr, der Handel und die Ankündigung einer verbotenen Druckschrift mit Strafe bedroht war, daß aber diese Bestimmung in das neue Gesetz nicht überging, vielmehr §. 6 desselben in einer (man sollte meinen) jeden Zweifel beseitigenden Weise erklärt:

„Als Verbreitung kann im Sinne dieses Gesetzes nur der Vertrieb, Verschleiß oder die Vertheilung von Druckschriften, sowie das Anschlagen, Aufhängen oder Auflegen derselben an öffentlichen Orten, in Lesevereinen, Leihbibliotheken u. dgl. angesehen werden."

Das Gesetz erklärt also ausdrücklich, daß es alle Fälle der Verbreitung aufzähle und man kann wohl zuversichtlich behaupten, daß keiner der hier aufgezählten Fälle mit dem vorliegenden identisch sei.

Wodurch widerlegt nun die angeführte Entscheidung diese Bedenken? Doch wohl nicht durch die Bemerkung, daß der Bücherkatalog einer Leihbibliothek dazu bestimmt sei, den Leseabonnenten zur Benützung

und Wahl der Bücher zu dienen, daß die Gestattung dieses Gebrauches, ohne Streichung der erwähnten verbotenen Bücher dem strafbaren Inhalt dieses Verzeichnisses dauernde Wirkung verleihen und der thatsächlichen Verbreitung der verbotenen Bücher, durch die Erleichterung der Umgehung der Vorschrift des §. 24 P. G., die Hand bieten würde!

Gesetzt nämlich dies Letztere wäre richtig, so wäre damit gerade das Gegentheil dessen, was zu erweisen war, dargethan; denn die Umgehung ist eben das Gegentheil der Uebertretung eines Gesetzes. Schon derjenige, welcher Mittel findet ein Strafgesetz zu umgehen, ist eben darum der durch Letzteres angedrohten Strafe entzogen. Man mag civilrechtlich dasjenige, was in fraudem legis geschieht, als ungiltig erklären. Jedenfalls aber schließen die Ausdrücke „übertreten" und „umgehen" einander so entschieden aus, daß man auf dem Gebiet des Strafrechts, welches keine Fictionen, keine analogen Anwendungen von Strafbestimmungen kennt, die Unanwendbarkeit eines Strafgesetzes auf einen bestimmten Fall gar nicht deutlicher ausdrücken kann, als indem man erklärt, es sei umgangen worden.

Ist es aber auch nur richtig, daß eine Umgehung des Strafgesetzes zu besorgen sei? Eine Leihbibliothek steht dem Publicum nicht in der Weise offen, daß der einzelne Abonnent ihr, den Katalog in der Hand, die gewünschten Bücher selbst entnehmen könnte; er muß also, wenn die Anführung der verbotenen Schriften im Katalog in ihm den Wunsch rege macht, sie zu lesen, dieselben verlangen. Von diesem Augenblicke an sind nur zwei Dinge möglich: entweder der Abonnent erhält das Buch, oder er erhält es nicht. Im ersten Fall ist das Gesetz nicht umgangen, sondern übertreten: im zweiten ist es weder übertreten, noch umgangen, sondern befolgt worden. Wann also soll die Umgehung statt finden?

Die Sache steht vielmehr so: Das Ausleihen des Buches ist eine strafbare Handlung, die Ankündigung desselben im Katalog ist die öffentliche Erklärung, daß man bereit sei, diese strafbare Handlung zu begehen; eine solche Ankündigung einer künftigen unerlaubten Handlung ist aber bekanntlich selbst vom Versuch derselben noch sehr weit entfernt. Wenn der Besitzer einer Leihbibliothek wegen des bloßen Anbietens zum Herleihen eines verbotenen Buches dem Gesetz verfallen wäre, welches das wirklich erfolgende Verbreiten verpönt, so müßte auch derjenige, welcher mit einem Verbrechen droht, sofort dieses

Verbrechens sich schuldig machen, und es wäre nicht zu begreifen, warum die Behandlung strafbarer Drohungen der Gesetzgebung zu allen Zeiten so große Schwierigkeiten bereitet habe.

Noch ein anderer Gesichtspunkt wäre möglich. Es könnte ein Gericht aus der Anführung verbotener Schriften in einem Katalog die Ueberzeugung gewinnen, daß der Besitzer der Leihbibliothek jene Schriften wirklich herleihe. Zwar bildet es nach §. 138 Z. 4 St. P. O. nur einen Verdachtsgrund, wenn Jemand die Absicht, das Verbrechen u. s. w. zu begehen, durch vorausgegangene Aeußerungen bestimmt zu erkennen gegeben; indeß dies ist eine Beweisfrage, die wir hier nicht zu discutiren haben; jedenfalls aber würde auch unter dieser Voraussetzung durch die Erwähnung der verbotenen Schriften im Katalog das im §. 24 P. G. vorgesehene Vergehen nicht begangen, sondern nur bewiesen werden; und der Katalog enthielte nicht strafbaren Inhalt, sondern nur ein Mittel der Ueberweisung.

Wenn man aber auch im Sinne der hier erörterten Entscheidung annehmen wollte, daß der Besitzer der Leihbibliothek durch die bloße Anführung der Werke im Katalog die Letzteren verbreite und dadurch des im §. 24 P. G. erwähnten Vergehens schuldig werde, so kann man noch immer nicht zugeben, daß dadurch das Verbot des Kataloges gerechtfertigt sei. Ein solches Verbot kann nach §. 36 des Preßgesetzes und §. 16 des Gesetzes über das Strafverfahren in Preßsachen nur dann erfolgen, wenn erkannt wird, daß der Inhalt der Druckschrift ein Verbrechen oder Vergehen begründe. Dieser Ausdruck weist aber deutlich auf eine Unterscheidung hin, welche sich durch unsere ganze Preßgesetzgebung hindurchzieht und sogar für die Eintheilung des Preßgesetzes maßgebend war.

Der zweite Abschnitt des Preßgesetzes führt die Aufschrift: „Bestimmungen zur Aufrechthaltung der Ordnung in Preßsachen," die des dritten dagegen lautet: „Bestimmungen über die strafbaren Handlungen, welche durch den Inhalt von Druckschriften begangen werden." Ein mit der Entstehungsgeschichte des Preßgesetzes wohlbekannter Gewährsmann (Lienbacher, historisch-genetische Erläuterungen S. 181, 182) bezeugt, daß die „durch den Inhalt einer Druckschrift begangenen strafbaren Handlungen" nur als eine Art der „durch eine Druckschrift begangenen" anzusehen seien. Es gibt also zwei Classen von Preßdelicten. Die durch den Inhalt von Druckschriften begangenen

bilden die eine, die Uebertretungen der im zweiten Abschnitt des Preßgesetzes enthaltenen Vorschriften die andere. Nur auf jene, aber nicht auf diese finden die Vorschriften Anwendung, welche sich auf das Verbot von Druckschriften beziehen.

Die Unterscheidung, vermöge deren wir zu dieser Schlußfolgerung gelangen, beruht zwar auf den ausdrücklichen Worten des Gesetzes und man kann daher kaum versucht sein, dieselbe als eine Spitzfindigkeit anzusehen. Wir können aber auch leicht zeigen, daß die Unterscheidung, welche hier gemacht wird, durchaus in der Natur der Sache gegründet sei. Wäre sie unrichtig, so könnte in allen Fällen, wo eines der in den §§. 9—27 P. G. erwähnten Vergehen vorliegt, ein Verbot der Druckschrift, durch welche dasselbe begangen wurde, erfolgen. So käme man z. B. zu folgender Consequenz: Auf einer Druckschrift ganz unverfänglichen Inhalts ist (etwa zur Bemäntelung einer Uebertretung der Gewerbsvorschriften) der Name des Druckers oder Verlegers falsch angegeben und somit das im §. 9 P. G. erwähnte Vergehen verübt worden. Diese Druckschrift könnte nun verboten und damit auch die Möglichkeit eines unter Beobachtung aller gesetzlichen Förmlichkeiten vorgenommenen Wiederabdruckes abgeschnitten werden! Es ist also richtig, wenn wir die das Verbot normirenden Stellen der beiden Gesetze, die darin enthaltene Hinweisung auf das durch den Inhalt begründete Delict, so auslegen, daß sie auf Vergehen, welche blos durch Außerachtlassung der zur Aufrechthaltung der Ordnung in Preßsachen erlassenen Bestimmungen begangen werden, keine Anwendung finden.

Die Vorschrift des §. 24 P. G. findet sich aber im zweiten Abschnitte und sie ist auch ihrer Natur nach nur eine Bestimmung zur Aufrechthaltung der Ordnung in Preßsachen; die Verletzung derselben kann daher nicht in die Classe der „durch den Inhalt von Druckschriften" begangenen strafbaren Handlungen fallen, und somit auch ein Verbot nicht nach sich ziehen.

C.

Das Erkenntniß auf Einstellung einer periodischen Druckschrift.

(Allg. österr. Gerichts-Zeitung 1865, Nr. 30.)

So mißlich ich es finde, über die Anwendung des positiven österreichischen Preßgesetzes eine Meinung auszusprechen, so wenig dankbar es sein mag, theoretische Anschauungen zu vertreten, von welchen sich die Praxis immer weiter entfernt, weil sie durch die Consequenz früherer Vorgänge, für die sie sich nun einmal entschieden hat, dazu fortgerissen wird, erlaube ich mir doch einige Zweifel auszusprechen, welche der üblich werdende Vorgang bei der Entscheidung über die Einstellung von Druckschriften in mir hervorruft.

Kann es die Absicht des Gesetzes sein, daß über diesen wichtigen Gegenstand anders als nach vorausgegangener mündlich-öffentlicher Verhandlung entschieden werde?

1. Die Einstellung des weiteren Erscheinens einer periodischen Druckschrift ist keine nothwendige, nur eine facultative Folge des Ausspruches, daß gewisse strafbare Handlungen vorliegen. Sie hängt einerseits von dem Antrag der Staatsanwaltschaft, andererseits von dem Ermessen des Gerichtes ab. Nun ist es allerdings denkbar, daß das, was nach dem Gesetz nothwendig geschehen muß, vom Gericht ohne Anhörung der Partei verfügt wird. Das Verbot ist die nothwendige Folge der Constatirung des Thatbestandes einer strafbaren Handlung. Da die letztere ohne Anhörung der Partei erfolgen kann (§. 16 Ges. über das Verf.), so war es unbedenklich, dem Gerichte auch die Macht einzuräumen, sofort die nothwendige Consequenz zu ziehen. Was aber vom Ermessen abhängt, das kann, wenn Ermessen nicht Willkür sein

soll, nur nach sorgfältiger und allseitiger Würdigung der Umstände geschehen; und wie wäre diese möglich, wenn nur eine Partei gehört wird?

2. Allein das Gesetz selbst deutet es an, daß das im §. 16 geregelte Ausnahmsverfahren die Einstellung des weiteren Erscheinens einer periodischen Druckschrift nicht zur Folge haben könne; denn §. 16 steht mit §. 15 in unverkennbarem Zusammenhang und dieser Paragraph bezeichnet ausdrücklich, welche Folgen es habe, wenn zwar das Verbrechen, nicht aber die Schuld eines bestimmten Angeklagten constatirt ist. Der Fall ist genau derselbe, wie im §. 16; der Unterschied besteht nur darin, daß er nach §. 16 von Anfang an, nach §. 15 aber erst am Schluß des Verfahrens sich herausstellt. Nach §. 15 aber, wo in der Regel die Parteien gehört sind, kann das Gericht, wenn es keine Person verurtheilt, nur auf Verbot und Vernichtung der Druckschrift erkennen; wie sollte es nach §. 16 ohne Anhörung der — in diesem Falle von Rechtswegen für unschuldig zu erachtenden — Partei weiter gehen können?

3. Nimmt man demgemäß an, daß der einzige Weg, auf welchem zu einem gerichtlichen Erkenntniß über die Einstellung einer periodischen Druckschrift zu gelangen ist, der der Anklage gegen bestimmte Personen und einer mündlich-öffentlichen Verhandlung darüber sei, so ergibt sich von selbst, daß der Ausspruch über die Einstellung eine im Endurtheil selbst zu verhängende Nebenstrafe sei, — daß der einzige Augenblick, in welchem die Staatsanwaltschaft von ihrem Rechte, die Einstellung zu beantragen, Gebrauch machen kann, eben der sei, — in welchem der Vertreter der Staatsanwaltschaft das Wort ergreift, um nach §. 253 St. P. O. „die Ergebnisse der Beweisführung kurz zusammenzufassen und seine Schlußanträge zu stellen.“ Unterläßt er es in diesem Augenblick, so verzichtet er für immer.

Es ist dies unter den eben gemachten Voraussetzungen ganz selbstverständlich und bedarf durchaus keiner gesetzlichen Regelung.

Gibt man aber diese Voraussetzungen nicht zu, dann fehlt es allerdings an jeder gesetzlichen Lösung der Frage, wie lange die Staatsanwaltschaft das Recht habe, wegen constatirter strafbarer Handlungen die Einstellung des Erscheinens einer periodischen Druckschrift zu beantragen. Ist die Staatsanwaltschaft hierin durch kein Gesetz beschränkt, so kann sie mit jenem Antrage ein Jahr, zwei, zehn Jahre zurückhalten und die Zeitschrift, gegen welche der Antrag einmal zuläßig geworden,

bleibt für immer unter dem Damoklesschwert der drohenden Einstellung. Weder die Verjährung noch die ausnahmsweise Begünstigung, welche §. 40 des P. G. gewährt, kommt ihr zu statten; denn die Existenz des Delictes ist bereits durch Urtheil constatirt, das österreichische Gesetz kennt keine selbstständige Verjährung der Strafe, und wenn §. 40 P. G. die Strafverfolgung ausschließt, wenn während sechs Monate eine strafgerichtliche Verfolgung .... „gegen keinen der Schuldigen eingeleitet oder das eingeleitete Verfahren durch eben so lange Zeit nicht fortgesetzt wurde" — so ergibt sich aus dem Wortlaut, daß diese nur auf die Verfolgung der Schuldigen Bezug nehmende Gesetzesstelle auf die sogenannte objective Strafverfolgung keinen Einfluß üben würde.

Nun hatte aber schon die bekannte Verordnung vom 27. November 1859 die rechtlichen Folgen einer ertheilten schriftlichen Verwarnung auf zwei Jahre eingeschränkt und der §. 38 des P. G. selbst berücksichtigt da, wo es überhaupt auf eine wiederholte Verurtheilung ankommt, nur diejenigen Verbrechen und Vergehen, welche innerhalb der Frist eines Jahres begangen werden. Man muß daher wohl annehmen, daß es unmöglich im Jahre 1862 in der Absicht der Gesetzgebung liegen konnte, auszusprechen, daß, wenn einmal die Bedingungen eingetreten sind, unter welchen die Staatsanwaltschaft die Einstellung einer periodischen Druckschrift beantragen kann, es lediglich von dem Ermessen derselben abhänge, zu jeder beliebigen Zeit, selbst nach dem Ablauf von Jahren, diesen Antrag zu stellen. War dies aber nicht die Absicht der Gesetzgebung, so muß man entweder annehmen, daß sie, mit sich selbst in Widerspruch gerathend, zuließ, was ihren Intentionen entgegen läuft, oder daß sie jenen früher dargelegten Standpunkt einnahm, von welchem ausgehend es gar nicht möglich ist, zu der hier besprochenen Consequenz zu gelangen.

gleich sich immer unter dem Gesichtspunkt der sogenannten Connexität. Ferner die Verjährung nach der ausländischen Gesetzgebung, nicht §. 66 des R. St. G. geregelt, kommt sie in Betracht, wenn die [illegible] des Verbrechers in Frage [illegible] compensirt, die Verjährung [illegible] dann keine [illegible] Verfolgung der Strafe, und wenn §. 67 R. St. G. die Strafverfolgung ausschließt, wenn inzwischen eine Verjährung eine strafgerichtliche Verfolgung [illegible] gegen Teilnehmer oder Gehülfen eingeleitet oder das criminelle Verfahren noch nicht so lange Zeit nicht fortgesetzt worden — so ergiebt sich von selbst, daß diese nur auf die Verfolgung des Schuldigen [illegible] Bezug nehmende Bestimmungen auf die sogenannte objective Strafverfolgung keinen Einfluß üben sollten.

Man hatte aber schon die bekannte Verordnung vom 17. November der 1850 die rechtlichen [illegible] erhobenen [illegible] Vermögens auf zwei Jahre eingeschränkt und der §. 58 des R. St. G. kennt berücksichtigt ob, wie es überhaupt auf eine unverjährte Verurtheilung ankommt, man bisherigen Verbrecher und [illegible] innerhalb der Frist eines Jahres beantragen werden. Man wird daher jetzt annehmen, daß es unmöglich ist [illegible] in der Lage der Auslieferung eigen Staate [illegible], daß, wenn einmal die Verjährungen eingetreten sind, unter welchen die Staatsanwaltschaft die Einleitung eines gerichtlichen Strafverfahrens beantragen kann, es lediglich von dem Ermessen belassen abhänge, [illegible] Zuständigen [illegible] Antrag zu stellen. Man wird aber nicht die Absicht der Gesetzgebung, [illegible] anzunehmen, daß sie, statt sich selbst in Widerspruch gesetzt [illegible], ihren Intentionen entgegen läßt, [illegible] von früher angelegten Standpunkt einnahm, von welchem aus es gar nicht möglich ist, zu der viel besprochenen Consequenz zu gelangen.

XXI.

Zur Reform des Strafprocesses.

Vorbemerkung.

Im Monat Februar 1861 ward ich vom k. k. Justizministerium mit der Aufgabe betraut, den Entwurf einer neuen Strafproceßordnung zu bearbeiten. Als maßgebend ward bezeichnet, daß es in der Absicht der Regierung liege, die Gerichtsorganisation der Jahre 1849 und ff. möglichst rasch und möglichst unverändert wiederherzustellen, und daß eben darum die Strafproceßordnung vom 17. Jänner 1850 dem neuen Entwurfe zu Grunde zu legen, eine Abänderung nur da vorzunehmen sei, wo sie dringend geboten erscheine.

Es ward dies für mich der Ausgangspunkt einer Reihe von unter geänderten Verhältnissen wiederholt wieder aufgenommenen Arbeiten, welche sich auf die Jahre 1861, 1862 und 1863 vertheilen, Arbeiten, welche ich in einer Sammlung, wie die vorliegende, unmöglich ganz übergehen konnte, da ich es vielmehr für Pflicht halte, über eine so wichtige und der Oeffentlichkeit sich vorläufig entziehende Thätigkeit, wie die Theilnahme an legislativen Berathungen, öffentlich Rechenschaft zu geben, so bald dies die Umstände gestatten.

Letzteres ist gegenwärtig unzweifelhaft der Fall. Durch die Vorlage eines aus jenen früheren Vorarbeiten hervorgegangenen, aber doch wesentlich von ihren Ergebnissen abweichenden Entwurfes einer Strafproceßordnung im Reichsrathe, ist der Gegenstand zu einem vorläufigen Abschluß gebracht. Ueberdies hat man es mit Recht seit längerer Zeit in Oesterreich unbedenklich gefunden, selbst solche Entwürfe, über welche noch im Schooße der Regierung Berathung gepflogen wird, mit den dazu gehörigen Motiven-Elaboraten zu veröffentlichen.

War mir es daher auch nicht zweifelhaft, daß jene Arbeiten hier nicht ganz übergangen werden dürften, so war es nicht leicht, darüber zu einem Entschluß zu kommen, in welcher Weise und in welchem Umfange eine Veröffentlichung hier stattfinden könne. Ein Gesetzentwurf ist

fast niemals lediglich das Werk eines Einzelnen, in der Regel wird er einer Collegial-Berathung unterzogen, und das Ergebniß derselben mag in einzelnen Punkten dem Verfasser des ursprünglichen Entwurfes unannehmbar scheinen, während andere Veränderungen ihm nicht blos als Verbesserungen erscheinen, sondern auch aus seinen Initiativen hervorgegangen sind. Noch mehr verwirren sich die persönlichen Beziehungen, wenn dieselben Gegenstände wiederholten Berathungen unter veränderten Voraussetzungen unterzogen werden.

Alles dies ist nun in reichem Maßstabe bei den eben erwähnten legislativen Berathungen eingetreten. Namentlich waren es die Fragen über die Beibehaltung der Gerichtsverfassung von 1849 und 1850 und über das Rechtsmittel der Berufung, welche lange Zeit offen gehalten werden mußten, während doch die Berathungen über andere Partien der Strafproceßordnung eifrig fortgesetzt wurden. So hatte der Entwurf bereits wiederholte Umarbeitungen in dem Augenblicke erfahren, als Herr Dr. Hein das Justizministerium übernahm. Dieser fand neben einem formell abgeschlossenen Entwurf einer Strafproceßordnung eine von mir gearbeitete Denkschrift „über das Rechtsmittel der Berufung im Verfahren wegen Verbrechen und Vergehen" vor, welche wesentliche Aenderungen jenes Entwurfes beantragte, während der Minister selbst entschlossen war, in einigen erheblichen Punkten von der früher vorausgesetzten Gerichtsorganisation abzugehen.

Es begannen neue Berathungen, denen meine gedachte Denkschrift zum Ausgangspunkte diente. Nachdem auf diese Weise jene Beschlüsse gefaßt waren, welche für die Gestaltung des Ganzen maßgebend waren, legte ich eine Reihe von Sätzen zur Beschlußfassung vor, welche alle irgend erheblichen Abweichungen von den Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850, die ich in Vorschlag bringen zu sollen glaubte, umfaßten. Auf Grund der sonach gefaßten Beschlüsse nahm ich sodann, lediglich unter der Mitwirkung des Justizministers selbst, die Umarbeitung des Entwurfes vor. So erlangte er jene Gestalt, in welcher er aus den Händen des Justizministers in die des Staatsrathes überging.

Von einer schriftlichen Berichterstattung und Motivirung der Vorschläge bei den Berathungen im Justizministerium konnte bei der Eile, mit welcher diese Berathungen betrieben wurden, keine Rede sein. Allein ich hatte es schon im Jahre 1862 für Pflicht gehalten, die Motive zu dem damals abgeschlossenen Entwurfe nachträglich auszuarbeiten, und

der allgemeine Theil des Motivenelaborates war auch in der Allgem. Oesterr. Gerichts-Zeitung 1862 Nr. 100 ff. veröffentlicht worden. In gleicher Weise verfaßte ich nun auch im Jahre 1863 (natürlich mit Benutzung des früher Gearbeiteten) allgemeine und specielle Motive zu dem neuen Entwurf. Bei Bearbeitung der allgemeinen Motive war das Augenmerk hauptsächlich darauf gerichtet, gerade durch sie den Entwurf auch Denjenigen zugänglich zu machen, welche nicht in der Lage wären, den Text desselben nachzulesen und zu studiren.

Dadurch ward der Vortheil erreicht, daß gerade diese Arbeit völlig für sich allein verständlich ist; ich glaube daher auch jetzt am besten zu handeln, wenn ich dieser ganz individuellen Besprechung aller Hauptfragen der Strafproceßordnung hier Raum gebe und im Wesentlichen mich auf dieselbe beschränke.

Da indeß dies Motivenelaborat wenigstens negativ an den Entwurf gebunden bleiben mußte, und begreiflicher Weise der Entwurf nicht in allen Punkten nach meinen Anträgen festgestellt worden war, habe ich in einem ersten Anhang die oben erwähnten von mir bei den Berathungen vorgeschlagenen Sätze hier ebenfalls mitgetheilt.

Die schon erwähnte Denkschrift über das Rechtsmittel der Berufung ist umgearbeitet und erweitert in das Motivenelaborat übergegangen, und es war daher überflüssig, sie selbstständig hier zu reproduciren. Bei der großen Wichtigkeit der Frage der Berufung habe ich jedoch geglaubt, jene Partie derselben, welche einen die Beibehaltung der Berufung bezweckenden Vermittelungsvorschlag betrifft und in das Motivenelaborat nicht übergehen konnte, sowie eine kleinere einem andern dahin zielenden Vermittelungsvorschlag gewidmete Denkschrift ebenfalls im Anhange abdrucken lassen zu dürfen.

1.

Allgemeine Motive zu dem Entwurf einer Strafproceß-Ordnung für die im engeren Reichsrathe vertretenen Länder des österreichischen Kaiserstaates.

(April 1863.)

Es muß als eine allseitig zugegebene Thatsache angesehen werden, daß das gegenwärtig in Oesterreich bestehende Strafverfahren einer durchgreifenden Reform bedürfe. Aber auch über die Richtung, welche, diese Reform nehmen müsse, über die Grundsätze, nach welchen sie durchgeführt werden muß, kann man nicht lange im Zweifel sein, wenn man die Erfahrungen der letzten Jahre, wenn man die Urtheile und Wünsche berücksichtigt, die sich von allen Seiten vernehmen lassen.

Das Strafgesetzbuch vom Jahre 1803 hatte das Strafverfahren äußerst sorgsam und in der Hauptsache durchaus im Einklange mit den Anforderungen geregelt, welche die Wissenschaft nach ihrem damaligen Stande erhoben hatte. Im Laufe der Jahre wurde es aber immer klarer, daß eine wesentliche Verbesserung dieses Verfahrens unentbehrlich sei. Das Untersuchungsprincip war in demselben (wie in dem allerunterthänigsten Vortrage des k. k. Justizministers vom 18. December 1849 bemerkt wird) „mit Unrecht auf die Spitze getrieben, und auf Kosten der persönlichen Freiheit der Staatsbürger in einer nicht zu rechtfertigenden Strenge geltend gemacht. Dazu kam der gänzliche Mangel der Oeffentlichkeit des Verfahrens, und das Verbot der Beigebung eines Vertheidigers, wodurch der Angeschuldigte den ausgedehnten Befugnissen des Untersuchungsrichters gegenüber zu wenig Schutz gegen einen Mißbrauch der dem Letzteren eingeräumten Gewalt hatte; die Schriftlichkeit des ganzen Verfahrens, welche nicht nur wesentlich dazu beitrug, die Dauer der Untersuchungen zu verlängern, sondern auch das erkennende Gericht in die Lage versetzte, den Angeschuldigten und die Zeugen nicht unmittelbar vernehmen zu können, sondern ihre Aussagen nur in der nicht immer richtigen Auffassung des Untersuchungsrichters kennen zu lernen; endlich die Vereinigung der widersprechenden Functionen des Anklägers und Vertheidigers in der Person des Untersuchungs-

richters, der überdies nicht selten als Mitglied des erkennenden Gerichtes das Amt des Richters auszuüben hatte."

Ueber diese Gebrechen des Strafverfahrens hatte man übrigens nicht blos in Oesterreich, sondern in den meisten deutschen Staaten zu klagen. Seit langer Zeit waren daher alle denkenden Juristen mit der Frage beschäftigt, wie Abhilfe zu finden sei; und aus dem lebhaft und beharrlich geführten Meinungskampf ergab sich immer entschiedener das Uebergewicht Derjenigen, welche die Annahme der in den Ländern jenseits des Rheines bestehenden Proceßinstitutionen und der daselbst anerkannten Proceßgrundsätze empfahlen. Dieser Richtung schloß sich die Strafproceßordnung vom 17. Jänner 1850 offen an, und in Oesterreich, sowie fast um dieselbe Zeit auf dem größten Theile des deutschen Bundesgebietes, wurden Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, Anklageverfahren und für die wichtigeren Strafsachen die Mitwirkung der Geschwornen als die leitenden Grundsätze für die Neugestaltung des Strafverfahrens anerkannt. Wenn man die im Ganzen gemachten Erfahrungen in's Auge faßt, so überzeugt man sich, daß die Umgestaltung überall die lohnendsten Erfolge herbeigeführt habe. Ungeachtet die persönliche Freiheit und die vom Verdachte betroffene Unschuld in erhöhtem Maße geschützt wurden, gewann doch die Verfolgung der Verbrechen an Energie. Das Vertrauen der Bevölkerung auf gerechte, würdige und humane Handhabung der Strafrechtspflege wuchs in dem Maße, als die Oeffentlichkeit den Einblick in das Walten der Justiz erleichterte; und mit diesem Vertrauen wuchs auch die Achtung vor Gesetz und Gericht, und die Bereitwilligkeit, dem ersteren sich zu unterwerfen und dem letzteren bei der Lösung seiner schwierigen Aufgabe Hilfe zu leisten. Namentlich trug die imposante Feierlichkeit der Schwurgerichts-Verhandlungen, das friedliche und gewissenhafte Zusammenwirken der Staatsrichter mit den auf die Richterbank berufenen Männern aus dem Volke nicht wenig dazu bei, die moralische Wirkung der Strafurtheile zu erhöhen, und die verderbliche Gleichgiltigkeit der Bevölkerung gegen die Wirksamkeit der Gesetze und gegen die Erfolge der Staatsgewalt bei ihrer Durchführung zu mindern.

Indeß kann man sich doch auch nicht verhehlen, daß das neue Verfahren auch manche Erwartungen unerfüllt ließ, manche neue Schwierigkeit, endlich manches Andere mit sich brachte, das zugleich fremd und willkürlich erschien.

Dagegen wurde nun auf zwei Wegen Abhilfe gesucht. Man hat in wissenschaftlichen und legislativen Arbeiten sich bemüht, die Grundlagen des neuen Verfahrens begrifflich zu klären, die neu angenommenen Grundsätze schärfer durchzuführen, an den überall nachgeahmten französischen Einrichtungen Wesentliches vom Zufälligen zu sondern, und zu diesem Zwecke, da jene auf einer Vermittlung althergebrachter Zustände mit dem zum Muster gewählten englischen Processe beruhen, diesen letzteren näher in Betracht zu ziehen. In Oesterreich wurde die Abhilfe gerade umgekehrt dadurch gesucht, daß man die im Jahre 1850 gegründeten Einrichtungen mit dem älteren Strafprocesse in engere Verbindung zu bringen versuchte. Muß man nun Angesichts der seit dem Jahre 1854 gemachten Erfahrungen anerkennen, daß dieser Versuch fehlgeschlagen habe, so kann man auch nicht behaupten, daß anderwärts seit dem Jahre 1850 auf dem andern früher erwähnten Wege bereits solche Resultate erzielt worden seien, welche geeignet wären, schon jetzt verläßliche Grundlagen für eine principielle Neugestaltung des gesammten Strafprocesses zu gewähren.

Es konnte daher bei dem gegenwärtigen Stande der Dinge, welcher keineswegs langjährige, eingehende Berathungen gestattet, sondern ungesäumte Darbietung des bereits anerkannten Guten fordert, nicht zweifelhaft sein, daß die Strafproceß-Ordnung vom Jahre 1850 die Grundlage auch des künftigen Strafverfahrens werden müsse, und daß es sich nur darum handeln könne, jenes Gesetz mit Rücksicht auf die inzwischen geänderten Verhältnisse, auf die in der Erfahrung bemerkten Mängel und Lücken derselben und auf solche in wissenschaftlichen und legislativen Arbeiten hervorgetretenen Verbesserungsvorschläge, welche sich mit den Grundeinrichtungen derselben in Einklang bringen lassen, einer ebenso sorgfältigen als schonenden Revision zu unterziehen.

Zieht man die gemachten Erfahrungen zu Rathe, so zeigt sich, daß die Erfolge der Strafproceßordnung von 1850, namentlich in zwei Richtungen hinter den Erwartungen und Intentionen der Gesetzgebung zurückgeblieben war.

Zwar hatte sich das Gesetz von 1850 die Durchführung der Anklageform strenger zur Aufgabe gemacht als das französische Recht und die meisten seiner deutschen Nachbildungen. Allein man nahm nichtsdesto weniger das französische System der Versetzung in Anklagestand an, in welchem eben die Verläugnung des nur dem Namen und äußern

Schein nach angenommenen Anklageverfahrens am entschiedensten durchgeführt wurde. Damit aber wurde in die Strafproceß-Ordnung von 1850 ein Widerspruch gebracht, der sich überall fühlbar macht, vielleicht es auch erklären mag, daß dagegen aus dem Anklagegrundsatz einige Consequenzen gezogen wurden, welche weder durch ein wahres processualisches Bedürfniß, noch durch das Beispiel jener Länder gerechtfertigt waren, in welchen das reinste und folgerichtigste Anklageverfahren angenommen ist. Gerade solche Consequenzen waren es aber, welche, indem sie die Grenzlinien zwischen den Berufskreisen der Richter und der Staatsanwälte unklar machten, ihr Zusammenwirken zur Herstellung einer festen, gleichmäßigen und volksthümlichen Strafjustiz erschwerten, und mancherlei schroffe Gegensätze zwischen formellem und materiellem Recht hervortreten ließen.

Eben so wenig ließ sich verkennen, daß der Gedanke der Mündlichkeit noch keineswegs im vollen Umfange erfaßt und durchgeführt worden war. Zwar lag die Hauptursache dafür in der jeder Einwirkung des Gesetzes sich entziehenden persönlichen Anschauung und Gewöhnung so vieler Richter; allein daraus folgt eben die Nothwendigkeit, dieser Gewöhnung durch positive Einrichtungen möglichst entgegenzutreten, namentlich aber Alles dasjenige zu vermeiden, was ihr neue Kraft zu geben vermag. Aufmerksamen Beobachtern entging es aber nicht, daß namentlich drei Einrichtungen, welche sich in der Strafproceß-Ordnung von 1850 fanden, der Mündlichkeit Eintrag thun mußten: Die Vorschrift, nach welcher der Hauptverhandlung wegen Verbrechen und Vergehen jederzeit eine schriftliche Voruntersuchung vorausgehen mußte; — die Nothwendigkeit eines ohne contradictorisches Verfahren auf Grund der Acten zu fällenden Verweisungserkenntnisses, und die damit zusammenhängende Aufeinanderfolge von vier verschiedenen und doch zumeist einander genau entsprechenden Schriftstücken (Antrag des Staatsanwaltes, Referat, Verweisungserkenntniß sammt Gründen, Anklageschrift) — endlich die für die Mehrzahl der Fälle zulässige Berufung, vermöge welcher die in der ersten Instanz zurückgedrängten Untersuchungsacten in der zweiten sich als entscheidend erweisen konnten.

Damit und mit dem Bestreben, die Lage des Angeschuldigten so weit zu verbessern, als dies nur irgend die Natur seiner Stellung gestattet, sind die Rücksichten bezeichnet, welche für die meisten durchgreifenden Aenderungen an den Bestimmungen der Strafproceß-Ordnung

von 1850 maßgebend waren. Noch einflußreicher aber erweist sich eine andere Erwägung.

Es ist nämlich gegenwärtig eine Aufgabe zu lösen, welche der Strafproceß-Ordnung von 1850 nicht gestellt war. Bekanntlich bestand das erste unüberwindliche Hinderniß, welches sich der Durchführung dieses letzteren Gesetzes entgegenstellte, darin, daß nicht in allen Ländern, für welche es bestimmt war, denjenigen Voraussetzungen entsprochen werden konnte, von welchen die Einführung der Geschwornengerichte bedingt ist. Dieselbe Schwierigkeit zeigt sich auch gegenwärtig. Es hieße offenbar die dringend nothwendige Reform unseres Strafverfahrens gefährden, wenn man dieselbe an die Bedingung knüpfen wollte, daß sie in allen im engeren Reichsrathe vertretenen Ländern vollkommen gleichmäßig durchgeführt werden müsse, sowie gewiß für den Fortbestand der Schwurgerichtsverfassung nichts so gefährlich wäre, als die Erfahrungen, welche unvermeidlich in jenen Ländern gemacht werden müßten, in denen die Vorbedingungen für ein gutgeordnetes Geschwornenwesen noch fehlen. Ebensowenig aber kann man gegenwärtig daran denken, aus diesem Grunde auf die Jury auch da, wo ihrer Einführung kein Hinderniß entgegensteht, zu verzichten.

Man wird daher die Jury nicht in allen im engeren Reichsrathe vertretenen Ländern einführen können, und es wird künftig nicht mehr in allen diesen Ländern ein bis in alle Einzelnheiten gleiches Strafverfahren bestehen; allein es kann darin, daß in diesem einen Punkte die strenge Gleichförmigkeit geopfert werden muß, noch kein Grund dafür liegen, die Einheit der Strafrechtspflege vollständig aufzugeben, oder auch nur einen Zustand zu begründen, welcher zum Ausgangspunkte einer solchen Trennung werden könnte.

Eine solche Spaltung der Strafrechtspflege in Bestandtheilen desselben Reiches, welche sich gemeinsamer Justizeinrichtungen seit lange erfreuen, wäre doppelt bedauerlich in einer Zeit, in welcher gerade auf dem Boden des Strafrechtes die Anschauungen in allen civilisirten Ländern sich mehr und mehr ausgleichen, und in welcher das wenigstens in dieser Hinsicht anerkannte Bedürfniß, es solle das Walten der überall gleichen Gerechtigkeit nicht von zufälligen Verschiedenheiten, von localen Einwirkungen abhängig gemacht werden, selbst unabhängige Staaten bestimmt, sich in ihren Strafproceß-Gesetzgebungen einander mehr und mehr zu nähern.

Der Gesetzgebung ist also die Aufgabe gestellt, dafür zu sorgen, daß ungeachtet der Divergenz bezüglich der Schwurgerichte ein gemeinsames Strafproceß-Gesetz für alle in dem engeren Reichsrath vertretenen Länder zu Stande komme, und von demselben obersten Gerichtshofe in demselben Geiste gehandhabt werde.

Glücklicherweise wird sie durch diese Rücksicht auf denjenigen Weg gewiesen, welchen sie ohnehin betreten muß, um den gerechten Ansprüchen derjenigen Länder, in welchen die Schwurgerichte nicht zur Einführung gelangen, auf gründliche Verbesserung ihrer Strafrechtspflege in einer den Anforderungen der Gegenwart entsprechenden Weise Genüge zu leisten. Es handelt sich also dort lediglich darum, an die Stelle der Schwurgerichte eine denselben möglichst nahe kommende Einrichtung zu setzen, und es muß daher die Entscheidung über jene Straffälle, welche sonst den Schwurgerichten zugewiesen sind, einem ansehnlichen, mit einer größeren Anzahl rechtsgelehrter Richter besetzten Gerichtshofe zugewiesen werden, dessen Mitglieder auf Grund einer nach accusatorischen Formen wahrhaft mündlich und wahrhaft öffentlich geführten Verhandlung die durch dieselbe in ihnen hervorgerufene gewissenhafte Ueberzeugung, von allen Beweisregeln entbunden, aussprechen.

Sowie aber dies festgestellt wird, tritt augenblicklich die Frage nach der Zulässigkeit und Einrichtung der Berufung in den Vordergrund. Es ist nämlich allerdings der nächstliegende Gedanke, das Rechtsmittel der Berufung, wie es nach der Strafproceß-Ordnung vom Jahre 1850 gegen die Urtheile der Bezirkscollegialgerichte zugelassen ist, auch für die über schwerere Verbrechen ergehenden Erkenntnisse einzuführen. Allein zunächst spricht gegen diese Lösung der Frage schon die höchst bemerkenswerthe Thatsache, daß die meisten Gesetze, welche auf gleicher Grundlage beruhen, die Berufung, selbst wenn sie sie für die correctionellen Fälle zulassen, für die schwereren ausschließen. Es gilt dies von der unter französischer Herrschaft für das Königreich Italien erlassenen Strafproceß-Ordnung vom Jahre 1807, von der älteren Gesetzgebung Sardiniens, von der Neapels, Toskanas, Parmas, endlich bis in die letzten Jahre von der des Königreiches der Niederlande, und zwar im letzteren Staate ungeachtet des Umstandes, daß daselbst eine gesetzliche Beweistheorie besteht. Der Grund hiefür ist leicht einzusehen; denn je wichtiger die Strafsache ist, desto größer müssen die Garantien sein, welche schon in erster Instanz für die Gründlichkeit der Entscheidung,

für die Freiheit und Verläßlichkeit des Urtheils geboten werden. Je größer aber diese sind, desto näher liegt die Gefahr, daß es selbst bei empfindlichen Opfern nicht möglich sein werde, einen seiner Stellung nach noch ansehnlicheren Gerichtshof in die Lage zu versetzen, mit gleicher Kenntniß des gesammten Verhandlungsmaterials die Entscheidung der ersten Richter einer nochmaligen endgiltigen Prüfung zu unterziehen; daß somit nach der einen Seite hin dem Princip der Mündlichkeit Eintrag geschehen müßte, andererseits aber das Bedürfniß sich zeigen würde, durch Aufstellung gesetzlicher Beweisregeln die Gerichte aus der peinlichen Lage zu befreien, in welcher sie sich befinden, so lange das auf dem unberechenbaren Ermessen des Einen beruhende Urtheil durch den auf gleicher Grundlage ruhenden Ausspruch des Andern verdrängt werden kann.

Dennoch kann man sich nicht entschieden genug gegen eine solche Einrichtung (vermöge welcher nämlich die Berufung gegen die Urtheile über die Mittelclasse der strafbaren Handlungen zugelassen, bei Urtheilen über schwere Verbrechen aber ausgeschlossen würde) aussprechen. Es liegt in ihr ein innerer Widerspruch, wie er am wenigsten auf dem Gebiete der Strafrechtspflege der Gesetzgebung sollte vorgeworfen werden können. Gerade was die Thatfrage betrifft, kann die höhere oder niedrigere Stellung der Richter, die etwas stärkere Besetzung des Gerichtes unmöglich genügend ins Gewicht fallen, um es dem Volke begreiflich zu machen, daß ein Rechtsmittel, welches man bei Vergehen für unentbehrlich hält, bei einer Verurtheilung zu langjährigem schweren Kerker oder zum Tode hinwegfallen soll.

In Ländern, in welchen Schwurgerichte bestehen, wird diese Anomalie durch die Verschiedenheit, welche zwischen einem Collegium ständiger Richter und der Jury unverkennbar besteht, verdeckt; wo aber dieser Unterschied wegfällt, muß es das Rechtsgefühl geradezu verwirren, wenn für die geringfügigeren Sachen wenigstens scheinbar größere Garantien einer gerechten Entscheidung geboten werden, als für die schwereren.

Die Gesetzgebung hat also in solchen Ländern nur die Wahl, die Berufung hinsichtlich aller strafbaren Handlungen zuzulassen, oder sie auch für die Mittelclasse derselben zu beseitigen. Entschließt sie sich aber für die letztere Alternative, so muß dieser Beschluß nothwendig auch auf jene Länder zurückwirken, in welchen die Geschwornengerichte eingeführt werden. — Es ist geradezu unmöglich, die Berufung in dem einen Lande aufrecht zu erhalten, und sie in dem andern in jenen Fällen

zu versagen, in welchen die Urtheile genau dieselbe Bedeutung haben und genau auf dieselbe Weise zu Stande kommen.

Hieraus ergab sich die unabweisliche Nothwendigkeit, für den ganzen Umfang der im engeren Reichsrathe vertretenen Länder die Frage, in wieferne die Berufung möglich oder unmöglich, entbehrlich oder unentbehrlich sei, wiederholt einer eingehenden Erörterung zu unterziehen.

Und so ward man durch die dargelegten, Oesterreich eigenthümlichen Verhältnisse, durch die mit denselben zusammenhängenden unabweislichen höheren Rücksichten gedrängt, den vielfachen Bedenken Rechnung zu tragen, zu welchen die Einrichtung der Berufung schon in der Anwendung der Strafproceß-Ordnung von 1850 und nach den Erfahrungen vieler auswärtiger Staaten Anlaß gegeben hat, — Bedenken, über welche man sich auch sonst nur im Interesse der möglichst ungehinderten Einführung einer allseitig herbeigesehnten Reform des Strafverfahrens und mit dem Vorbehalte einer späteren Revision hätte hinwegsetzen können.

Entschied man sich aber für die Beseitigung der Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen, so mußte natürlich das ganze System der Rechtsmittel einer durchgreifenden Umgestaltung unterzogen werden, und konnte die Rückwirkung auf andere wichtige Fragen nicht ausbleiben. Insbesondere stehen die Grundlinien der Gerichtsorganisation hiemit in der innigsten Wechselwirkung.

Als in den Jahren 1849 und ff. sich die Nothwendigkeit zeigte, bei der Annahme der französischen Proceßformen auch eine Annäherung an die Gerichtsorganisation Frankreichs eintreten zu lassen, überzeugte man sich bald, daß diese gerade in den praktisch wichtigsten Punkten nicht möglich sei. Der Schwerpunkt der Rechtspflege liegt nämlich in Frankreich in den Gerichtshöfen erster Instanz, kleinen Richtercollegien, durchschnittlich mit einem Sprengel von 27 Quadratmeilen und beiläufig 90.000 Einwohnern. Diesen Gerichtshöfen erster Instanz kommt insbesondere in Strafsachen die Führung der Voruntersuchung und die Aburtheilung über die zuchtpolizeilichen Fälle zu, während der Assisenhof immer für ein ganzes Departement bestellt wird. An sie geht ferner die Berufung in Uebertretungsfällen. In gleicher Weise liegt in den Händen des Gerichtshofes in Civilsachen die ganze ordentliche Gerichtsbarkeit erster Instanz und die Appellverhandlung in Bezug auf Urtheile der Friedensrichter. Der Nachahmung dieser Einrichtung stellte sich aber nicht blos

die Erwägung entgegen, daß in Oesterreich einzelne Gebiete zu dünn bevölkert sind, zum Theil auch nicht einmal die genügende Anzahl von Städten, welche zum Sitz solcher Gerichtshöfe geeignet werden, bieten; es mußte noch viel mehr Gewicht darauf gelegt werden, daß kleine Collegien, bestehend aus Männern, welche an einen kleinen, dem Mittelpunkt der Bildung und des geistigen Lebens entrückten Ort für viele Jahre gebunden sind, auf den Geist, in welchen die Rechtspflege gehandhabt wird, nur nachtheilig einwirken könnten. Daher verlegt die Organisation von 1849 den Schwerpunkt der Rechtspflege in die Landesgerichte, welchen ein Sprengel von durchschnittlich $79^{4}/_{10}$ Quadratmeilen zugewiesen ward.

In Bezug auf die Strafsachen sah man sich indeß genöthigt, sich den französischen Einrichtungen dadurch wieder zu nähern, daß man in den Bezirks-Collegialgerichten ein Mittelglied zwischen den Landesgerichten und den Einzelngerichten herstellte. Diese Bezirks-Collegialgerichte wurden dadurch gebildet, daß man einzelne Bezirksgerichte stärker besetzte und ihnen für ihren eigenen Sprengel und für den von 3 bis 4 benachbarten Bezirksgerichten die Voruntersuchung wegen aller Verbrechen und Vergehen und die Hauptverhandlung wegen derjenigen, die nicht den Geschwornengerichten vorbehalten wurden, zuwies.

Die Vortheile, welche durch diese Einrichtung gewonnen wurden, waren allerdings sehr groß; nur so war es möglich, für einen verhältnißmäßig kleinen Sprengel einen Untersuchungsrichter aufzustellen und dennoch sowohl dem Staatsanwalt als einem beaufsichtigenden Collegium eine einflußreiche Wirksamkeit in der Voruntersuchung zu sichern; nur so war es möglich für die Mehrzahl der Fälle den Weg der Parteien und Zeugen zur Hauptverhandlung wesentlich abzukürzen. Die Berufung konnte vom Bezirks-Collegialgerichte an's Landesgericht gehen, also zu einem Gerichte, dessen Sitz vom Orte der That und dem Wohnsitz der meisten zu vernehmenden Personen noch nicht allzuweit entfernt ist.

Auf der andern Seite zeigten sich auch unverkennbare Uebelstände: Zunächst ward der Sprengel eines Bezirks-Collegialgerichtes im Umfange von beiläufig 24 Quadratmeilen nicht selten noch zu groß gefunden, so zwar, daß die Untersuchungsrichter sich theils genöthigt, theils verleitet sahen, einen großen Theil der Geschäfte durch Requisitionen auf die Bezirksgerichte überzuwälzen; eben dadurch aber zeigte sich andererseits bei

den Beamten der Bezirks=Collegialgerichte und insbesondere bei dem auf die Strafsachen beschränkten Staatsanwalt, hie und da Mangel an genügender Beschäftigung. Wenn ferner die Einrichtung der Bezirks=Collegialgerichte die Annahme des französischen Berufungssystems allein möglich machte, so machte sie dieselbe andererseits auch nothwendig; denn eben die früher angeregten Bedenken gegen kleine und an kleine Orte versetzte Collegien, die schwache Besetzung der Bezirks=Collegialgerichte mit jüngeren und verhältnißmäßig niedrig gestellten richterlichen Beamten that dem Vertrauen in ihre Urtheilssprüche Eintrag und drängte dazu, in der Berufung eine Abhilfe zu suchen, welche sich doch bald als eine blos scheinbare erweisen mußte. Andererseits nahm man auch vielfach an der Stellung der Berufungsbehörde selbst Anstoß; sie war den herkömmlichen Vorstellungen gegenüber nicht ansehnlich genug, um mit der weitgehenden Gewalt der Appellinstanz, deren Ausspruch gerade in dem wichtigsten Punkte jeder weiteren Prüfung entzogen war, auszusöhnen.

Es ließ sich nicht verkennen, daß keine der Justizeinrichtungen aus den Jahren 1849 u. ff. so wenig bedauert und zurückgewünscht wurde, wie die der Bezirks=Collegialgerichte.

Sah man sich nun einerseits genöthigt, andererseits durch den Wegfall der Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen in den Stand gesetzt, diesem Widerstreben gegen die Bezirks=Collegialgerichte Rechnung zu tragen, so entstand freilich eine Lücke, welche sich bei dem Versuch, die Strafproceßordnung von 1850 als Grundlage des künftigen Strafverfahrens möglichst festzuhalten, überall fühlbar machen mußte.

Die nächste Consequenz ist die, daß die Vornahme der Hauptverhandlung auch in Bezug auf die Mittelclasse der strafbaren Handlungen auf die Landesgerichte übergeht, deren Sprengel allerdings kleiner gestaltet werden müßten, und den Umfang der jetzigen Kreisgerichte in keinem Falle übersteigen dürfen. Immerhin werden die Entfernungen noch von empfindlicher Größe sein; indeß bietet der Entwurf die Möglichkeit, die Hauptverhandlung auch außerhalb des Sitzes des Landesgerichtes zu veranstalten.

Indem die Bezirks=Collegialgerichte als Spruchgerichte beseitigt sind, ist wohl den wichtigsten Bedenken, die sie erregten, die Spitze abgebrochen; es mußte also in Erwägung gezogen werden, ob sie nicht wenigstens als Untersuchungsgerichte beizubehalten seien.

Allein es ist schon früher bemerkt worden, daß auch in dieser Beziehung die Bezirks-Collegialgerichte Manches zu wünschen übrig ließen; auch war schon nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 eine Anomalie darin zu sehen, daß der Staatsanwalt am Bezirks-Collegialgerichte auf die Voruntersuchung auch in jenen Fällen Rücksicht zu nehmen hatte, in welchen die Betheiligung an der Hauptverhandlung nicht ihm, sondern dem Staatsanwalte am Landesgerichte zukam. Diese Anomalie wäre nunmehr zur Regel geworden und hätte nicht verfehlt, auf den Gang des Strafverfahrens und namentlich auf die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft den nachtheiligsten Einfluß zu üben, während andererseits der bei einem reinen Strafgericht aufgestellte und zur Betheiligung an Hauptverhandlungen nicht berufene Staatsanwalt weder quantitativ noch qualitativ entsprechend beschäftigt gewesen wäre.

Es blieb also nur übrig, die Voruntersuchung principiell unter den Einfluß des Landesgerichtes und des Staatsanwaltes an demselben zu stellen, dafür zu sorgen, daß in jenen Fällen, welche wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes oder aus anderen Gründen einer besonders sorgfältigen Behandlung bedürfen, ein Mitglied des Landesgerichtes als Untersuchungsrichter einschreite, für die übrigen Fälle aber bei jedem Bezirksgerichte einen Untersuchungsrichter zu bestellen, wobei besondere Vorkehrungen zu dem Zwecke getroffen werden mußten, um der Staatsanwaltschaft die Initiative der Strafverfolgung und ihren Einfluß auf das Verfahren zu sichern, andrerseits aber auch dem Angeschuldigten wirksamen Schutz zu gewähren.

Noch in manchen anderen Beziehungen mußte die Beseitigung der Bezirks-Collegialgerichte auf die Vertheilung der Geschäfte zwischen den verschiedenen Gerichten Einfluß üben und es dürfte daher zweckmäßig sein, diese Geschäftsvertheilung, wie sie nach dem Entwurfe sich gestaltet, in ihren Grundzügen hier darzustellen.

Das Verfahren in Uebertretungsfällen soll auch künftig den Bezirksgerichten zukommen; allein an der Urtheilsfällung sollen sich außer dem Bezirksrichter noch drei durch die Gemeindevertretungen gewählte und von Fall zu Fall durch das Loos berufene Gerichtsschöffen betheiligen. Durch diese Einrichtung wird die Möglichkeit geboten, auch in Uebertretungsfällen die Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen auszuschließen und nur wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten und wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes

die Nichtigkeitsbeschwerde, sowie wegen der Strafbemessung und des Ausspruches über die privatrechtlichen Ansprüche die Berufung zuzulassen. Ueber beide entscheidet das Landesgericht in einer Versammlung von vier Richtern und einem Vorsitzenden: über die Berufung jedoch, wenn sie allein ergriffen ist, in nichtöffentlicher Sitzung und lediglich auf Grund der Acten. Gegen das Erkenntniß des Landesgerichtes kann nur wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof ergriffen werden.

Die Voruntersuchung bei Verbrechen und Vergehen ist bereits früher besprochen worden. Bei der Versetzung in Anklagestand wird nach dem Entwurf eine richterliche Entscheidung in verhältnißmäßig wenigen Fällen nothwendig sein; es war daher ausführbar, diese Entscheidung dem Oberlandesgerichte auch da zu übertragen, wo es sich nicht um ein schweres Verbrechen handelt. Auch gegen diese Erkenntnisse des Oberlandesgerichtes steht nur die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof, welche jedoch im Entwurf auf wenige bestimmte Fälle eingeschränkt ist, offen.

Die Hauptverhandlung wegen jener Verbrechen, welche mit der Todesstrafe oder mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedroht sind, findet vor dem Geschwornengerichte und in jenen Ländern, wo die Geschwornengerichte nicht eingeführt werden, vor einer, aus fünf Richtern und einem Vorsitzenden bestehenden Abtheilung (großer Gerichtshof) des Landesgerichtes statt. Ueber alle anderen Verbrechen und über die Vergehen urtheilt eine aus drei Richtern und einem Vorsitzenden bestehende Abtheilung des Landesgerichtes.

Gegen die Urtheile der Schwurgerichtshöfe und der Landesgerichte steht die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung offen; die erstere geht an den Cassationshof, die letztere an das Oberlandesgericht. Das Oberlandesgericht entscheidet über die Berufung, welche nur gegen die Strafbemessung (und zwar nur innerhalb bestimmter, im Entwurf bezeichneter Gränzen) und gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche ergriffen werden kann, auf Grund der Acten in nichtöffentlicher Sitzung.

Mit Vorstehendem sind die wichtigsten Veranlassungen zu jenen Abweichungen angedeutet, welche bei Vergleichung des Entwurfes mit der Strafproceß-Ordnung von 1850 zu bemerken sind, und welche im Folgenden eingehend begründet werden sollen.

A. Anklagegrundsatz. Stellung der Staatsanwaltschaft, des Privatanklägers und des Beschädigten.

Durch das Verbrechen wird nicht blos der Einzelne, gegen welchen dasselbe etwa gerichtet sein mag, in seinen Rechten verletzt, sondern die öffentliche Rechtsordnung selbst gestört, und das Wohl, ja sogar der Fortbestand der bürgerlichen Gesellschaft bedroht. Es liegt daher im öffentlichen Interesse, daß das Verbrechen bestraft, und die durch dasselbe bewirkte Störung des öffentlichen Rechtszustandes wieder aufgehoben werde. Aus dieser nunmehr allgemein anerkannten Voraussetzung ergeben sich zwei Grundsätze, welche für die gesammte Gestaltung der Strafrechtspflege maßgebend sind:

1. Es ist das Recht und die Pflicht des Staates, für die Verfolgung und Bestrafung der Verbrechen zu sorgen, und zwar selbst dann, wenn der durch das Verbrechen Verletzte die Verfolgung nicht verlangt, oder sogar begehrt, daß dieselbe unterbleibe.

2. Vor diesem öffentlichen Interesse muß jedes Privatinteresse zurücktreten; Jeder, der von den Behörden dazu aufgefordert wird, ist verpflichtet, so viel an ihm ist, dazu beizutragen, daß der Schuldige der Strafe nicht entgehe, der Unschuldige von ihr nicht betroffen werde, daß die Wahrheit offenbar werde. Auch der Angeschuldigte ist daher gehalten, zu dieser Offenbarung der Wahrheit mitzuwirken; er ist nicht minder verpflichtet, dem Gerichte die Mittel zur Ausweisung seiner Unschuld darzubieten, als das Geständniß eines von ihm verübten Verbrechens abzulegen, wenn er gleich zu letzterem weder direct noch indirect gezwungen werden kann.

Der erste dieser beiden Grundsätze ist gegenwärtig in der ganzen civilisirten Welt anerkannt; dem zweiten wird nur so weit er den Angeschuldigten betrifft, in England und jenen Ländern, welche den englischen verwandte Rechtseinrichtungen besitzen, die Anerkennung versagt, indem man sich dort zu der entgegengesetzten Regel bekennt, daß Niemand gehalten sei, gegen sich selbst Zeugniß abzulegen. Auch auf dem Continent fehlt es zwar nicht an Stimmen, welche diese letztere Auffassung vertreten, allein auch diejenigen, welche in der Annahme derselben einen wesentlichen Fortschritt erkennen würden, können nicht in Abrede stellen, daß dieselbe gegenwärtig nicht blos alle Gesetzgebungen

gegen sich habe, sondern auch auf dem Gebiete wissenschaftlicher Erörterung vereinzelt dastehe, und selbst dem Bewußtsein des Volkes noch entfremdet sei. Dagegen ist man allerdings seit nahezu hundert Jahren bemüht, die härtesten und verderblichsten Folgerungen, welche aus jedem Grundsatze gezogen wurden (die Folter, die Verdachtsstrafen, die Entbindung von der Instanz, die Erlangung von Geständnissen durch Ueberlistung und Einschüchterung des Angeschuldigten u. dgl. m.) zu beseitigen, oder doch wenigstens einzuschränken.

Es bedurfte indeß einer längeren Zeit, ehe die Ueberzeugung allgemein feststand, daß jede durchgreifende Verbesserung des Strafverfahrens so lange unausführbar sei, als eine Einrichtung sich erhält, welche man zwar vielfach als eine Consequenz der oben bezeichneten Grundlagen des Strafverfahrens ansah, welche aber in der That einen bloßen Nothbehelf darstellte: die Einrichtung nämlich, vermöge welcher die Verfolgung und die Bestrafung des Verbrechens, die Erhebung der Beschuldigung und die Prüfung ihrer Stichhältigkeit in derselben Hand, in der des Gerichtes, vereinigt ist.

Man begreift es vollkommen, daß in Zeiten, in welchen das Recht und die Pflicht des Staates, für die Verfolgung der Verbrechen zu sorgen, erst zu Anerkennung gelangte, diese Aufgabe in Ermanglung eines andern Organs dem Richter übertragen wurde, und daß man hierin, nach einer Seite hin wenigstens, einen Fortschritt fand. Eben so einleuchtend ist es aber, daß die gewöhnlichen Geschäfte des Richters ihn für eine erfolgreiche Lösung dieser Aufgabe nicht befähigen, und daß man andererseits, indem man sie ihm überträgt, seine Unbefangenheit beeinträchtigt, die Vertheidigung erschwert und die bürgerliche Freiheit in hohem Grade bedroht.

Wenn daher unter jenen Voraussetzungen einer wahren Verbesserung des Strafverfahrens, über welche sich nach langem Widerstreit die Ansichten vollständig geeinigt haben, neben der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit nur noch das Anklageverfahren zu nennen ist, so kann dieses letztere Wort nur einen Sinn haben: es kann nämlich nur die Forderung bezeichnen, daß durch Aufstellung eigener Beamten, welchen die Verfolgung der Verbrechen übertragen ist, jenem Zustande ein Ende gemacht werde, in welchem dem Richter die Anklage, die Vertheidigung und die gegenseitige Abwägung beider obliegt, und in welchem er neben seinem nächsten und wichtigsten Geschäfte noch die mit diesem

und untereinander im Widerspruche stehenden Geschäfte des Anklägers und Vertheidigers zu besorgen hat. Die Berechtigung der Forderung selbst ist gegenwärtig wohl allgemein anerkannt, und es kann sich jetzt nur darum handeln, über ihren Sinn, über den Umfang dessen, was mit ihr zugestanden wird, volle Klarheit zu erhalten. Gewiß ist, daß diese Forderung nicht etwa deßhalb erhoben wurde, weil man fand, daß in dem älteren Verfahren für die Verfolgung der Verbrechen nicht genügend vorgesorgt sei, sondern vielmehr, weil man nöthig fand, die bürgerliche Freiheit gegen die Gefahren zu schützen, welche ihr aus jener unnatürlichen Vereinigung entgegengesetzter Geschäfte in der Hand des Richters erwuchsen. Allerdings hat die Strafverfolgung, indem sie ein selbstständiges Organ in der Staatsanwaltschaft erlangte, auch an Energie gewonnen, wie denn überhaupt die Sache der Ordnung mit der der Freiheit so eng verknüpft ist, daß kein vernünftiger Fortschritt gedacht werden kann, der nicht beide zugleich förderte; allein gewiß hat man die Einführung der Staatsanwaltschaft nicht deßhalb verlangt und mit Freude begrüßt, damit Jemand vorhanden sei, welcher noch neben und außer dem in seiner bisherigen Stellung bleibenden Richter auf die Verfolgung der Verbrechen Bedacht nehme und auf die Bestrafung des Verbrechers dringe; vielmehr hat man offenbar in der Einführung der Staatsanwaltschaft nur die Vorbedingung für die Befreiung des Richters aus jener Doppelstellung begrüßt. Auch darf man nicht übersehen, daß es sich dabei nicht blos um die einzelnen Richter handle, sondern um die Stellung des Gerichtes überhaupt. Jene Vereinigung entgegengesetzter Aufgaben traf der Regel nach immer nur in einer einzelnen Person, in der des Inquirenten, ein; der Inquirent aber war nicht der Richter, d. h. nicht derjenige, welcher das Urtheil zu fällen hat; er hatte höchstens (und dies nicht immer) Sitz und Stimme in dem Collegium, welchem es oblag. Wenn dennoch eine Aenderung des Verhältnisses allgemein als unerläßlich angesehen ward, so kann dies seinen Grund nur darin haben, daß man es mit einem wohlgeordneten Strafprocesse überhaupt unvereinbar findet, als Träger der Anklage, als Urheber der Beschuldigung einen richterlichen Beamten zuzulassen, auch wenn dieser an der Fällung des Urtheils keinen Antheil hat; in der That hätte ja sonst statt der Aufstellung eines eigenen Beamten-Organismus eine Anordnung genügt, welche den Untersuchungsrichter von dem erkennenden Collegium vollständig ausschließt.

Will man also jener Forderung nach Einführung des Anklageverfahrens mit Staatsanwaltschaft in jenem Sinne gerecht werden, in welchem allein sie gemeint sein konnte, so muß man anerkennen, daß zur Wahrung des öffentlichen Interesse an der Verfolgung der Verbrechen die Staatsanwaltschaft, aber auch nur diese bestimmt sei, daß daher die Erhebung der Klage nicht mehr dem Gerichte zukommen könne, und daß jetzt, unbeschadet jenes öffentlichen Interesse, der alte Rechtssatz wieder Geltung erlangen müsse: „Wo kein Kläger, kein Richter."

Bei dem großen Einfluß, welchen diese Grundregel auf die Gestaltung des gesammten Strafverfahrens übt, mußte es von dem Augenblicke an, wo an die Wiedereinführung der Strafproceßordnung von 1850 gedacht wurde, als eine der dringendsten Aufgaben angesehen werden, zu untersuchen, in wiefern dieses Gesetz den eben entwickelten Anforderungen entsprochen habe. Prüft man die bezüglichen Bestimmungen desselben in ihrem Zusammenhange, so erkennt man sofort, daß das Muster des französischen Verfahrens, wenngleich nicht durchgehends, maßgebend war. Das französische Recht aber kann in den Augen eines unbefangenen Beurtheilers dem Vorwurfe der Inconsequenz, ja der Unwahrheit (gerade was diesen Punkt betrifft) nicht entgehen. Es stellt zwar ein Organ für die Erhebung und Durchführung der öffentlichen Anklage auf, und trifft auch Anstalten, welche bewirken, daß in der Regel Verbrechen nicht anders als auf Verlangen des Staatsanwaltes in Untersuchung genommen werden können; allein von dem Augenblicke an, wo die Staatsanwaltschaft den Untersuchungsrichter in Bewegung gesetzt hat, sieht man das Gericht „als mit der Sache befaßt" an, und es steht in Folge dieses letzteren allein consequent durchgeführten Gedankens fortan nichts entgegen, daß der Proceß lediglich durch richterliche Verfügungen gegen die Ansicht des Organs der öffentlichen Anklage weiter und zu Ende geführt werde. Es steht insbesondere, obgleich der Schwerpunkt des Verfahrens in der öffentlichen Hauptverhandlung liegt, und diese als eine accusatorische bezeichnet wird, und obgleich in derselben in der That auch ein Organ der Staatsanwaltschaft als Ankläger aufzutreten hat, nichts entgegen, daß die wahre Grundlage der Verhandlung ein gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft gefälltes, für diese aber bindendes gerichtliches Erkenntniß bildet, von welchem eben deßhalb die Staatsanwaltschaft nicht mit processualischer Wirkung zurücktreten kann.

Die österreichische Strafproceß-Ordnung von 1850 hat den Grundsatz des Anklageverfahrens aufrichtiger gewahrt; sie räumt dem Staatsanwalte nicht blos die Initiative bei Einleitung der Voruntersuchung, sondern auch das Recht ein, in der Hauptverhandlung von der Anklage zurückzutreten, welcher Rücktritt für das Gericht bindend ist. In dieser entscheidenden Anordnung (§. 303 St. P. O. v. 1850) ist nun allerdings die auf consequente Ausbildung des Anklageprincipes gerichtete Absicht des Gesetzes (Würth, Strafproceß-Ordnung, S. 498) nicht zu verkennen. Dennoch war das so anerkannte Princip nicht überall mit gleicher Klarheit und Bestimmtheit durchgeführt; und es mußten mannigfache Zweifel über das gegenseitige Verhältniß der Richter und Staatsanwälte entstehen, — Zweifel, welche sich als um so nachtheiliger erwiesen, weil in der That manche Bestimmungen des Gesetzes die Wirkung hatten, daß die Richter sich in der Ausübung ihres naturgemäßen Berufes beengt oder doch wenigstens unsicher fühlten. Zieht man nämlich die einzelnen Bestimmungen der Strafproceß-Ordnung von 1850 über die Stellung der Staatsanwaltschaft in Betracht, so ist zwar

1. Im §. 90 die Regel ausgesprochen, daß der Untersuchungsrichter die Untersuchung nur in Folge eines dahin zielenden Antrages des Staatsanwaltes einzuleiten habe; allein diese Regel läßt Ausnahmen zu, die praktisch von solcher Bedeutung sind, daß ihre Wirksamkeit abgegränzt werden muß, wenn nicht durch sie die Regel fast werthlos gemacht werden soll. Im §. 90 ist zwar nur für den Fall eine Ausnahme gemacht, wo Gefahr am Verzuge haftet, und es ist auch hier verfügt, daß der Untersuchungsrichter den Staatsanwalt von den vorgenommenen Handlungen unverweilt in Kenntniß zu setzen habe. Allein schon hier ist die Frage offen geblieben, ob die darauf erfolgende Erklärung des Staatsanwaltes, daß er die Führung einer Voruntersuchung nicht beantrage, der Procedur ein Ende mache, oder ob eine Beschlußfassung des Bezirks-Collegialgerichtes nach §. 92 der Strafproceß-Ordnung eintreten müsse. Schon dies wäre eine höchst bezeichnende und bedeutungsvolle Abschwächung des Principes; allein es können sich Fälle ergeben, wo das Verbot, die Voruntersuchung ohne Antrag des Staatsanwaltes einzuleiten, geradezu unwirksam ist. In weitaus den meisten Fällen wird der Angeschuldigte in Gemäßheit der §§. 186 und 187 dem Untersuchungsrichter vorgeführt; im Falle des ersteren Paragraphes ist ein vorläufiger Antrag des Staatsanwaltes nicht immer nothwendig,

weil sehr häufig Dringlichkeit eingetreten sein wird; im Falle des §. 187 liegt er im Momente der Vorführung überhaupt nicht vor. Dennoch muß in beiden Fällen der Untersuchungsrichter den Angeschuldigten sofort vernehmen, und da diese Vernehmung nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 unzweifelhaft ein Act der Voruntersuchung ist, so ist die letztere bereits eingeleitet, und der negative Antrag des Staatsanwaltes kann also (wenigstens ist diese Auffassung durch das Gesetz nicht ausgeschlossen) wieder nur zu einer Beschlußfassung des Bezirks-Collegialgerichtes führen. Ob ferner die Regel des §. 90 den Untersuchungsrichter abhält, seine Thätigkeit auf andere strafbare Handlungen des Angeschuldigten und auf andere Angeschuldigte auszudehnen, ist jedenfalls sehr zweifelhaft. So kann denn der Untersuchungsrichter in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle an sein Geschäft gehen und den Antrag des Staatsanwaltes bei Seite liegen lassen.

2. Was die einmal eingeleitete Voruntersuchung betrifft, so ist deutlich ausgesprochen, daß die Einstellung nur erfolgen könne, wenn darüber Staatsanwalt und Untersuchungsrichter einverstanden sind; im entgegengesetzten Falle ist dazu ein Beschluß des Bezirks-Collegialgerichtes nothwendig. Die Untersuchung kann daher weiter geführt werden, obgleich der Ankläger, ohne dessen Antrag sie nicht hätte eingeleitet werden können, erklärt, daß er keinen Grund zur weiteren Verfolgung finde.

3. Ist sodann die Voruntersuchung, ohne eingestellt zu sein, geschlossen, so hängt es von der Beurtheilung des Staatsanwaltes am Bezirks-Collegialgerichte ab, entweder:

a) Bei diesem Gerichte ein Erkenntniß zu beantragen, womit die Sache zur Hauptverhandlung verwiesen wird; oder

b) die Acten dem Generalprocurator am Oberlandesgericht einzusenden, damit er die Verweisung an das Geschwornengericht erwirke.

In beiden Fällen ergaben sich aber eigenthümliche Schwierigkeiten daraus, daß das Gericht, welches das Verweisungserkenntniß zu fällen hat, an die Anträge der Staatsanwaltschaft nach keiner Richtung hin gebunden ist, daß also die Versetzung in den Anklagestand durch Beschluß des Gerichtes gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft, welche keinen Grund zur weiteren Verfolgung sieht, stattfinden könne. Daß an die im Verweisungserkenntniß erhobene Anklage auch die

Staatsanwaltschaft wenigstens für den Augenblick gebunden sei, scheint aus §. 250, lit. c hervorzugehen.

In dem Falle, wo das Verweisungserkenntniß vom Bezirks-Collegialgerichte gefällt wird, entsteht ein sehr empfindlicher Uebelstand daraus, daß dieses Gericht, welches die Anklage, vielleicht gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft, erhoben hat, sodann in der Hauptverhandlung über die Statthaftigkeit seiner eigenen Anklage zu richten hat. In dem oben unter b) erwähnten Falle dagegen ließ das Gesetz es zweifelhaft, inwieferne der Generalprocurator an die Ansicht *seines Untergebenen*, der ihm die Acten einsendet, gebunden sei. Es ward durch diesen Zweifel eine nachträgliche Erläuterung nothwendig, welche in dem Sinne erging, daß der Generalprocurator dann, wenn er die Zuständigkeit des Bezirks-Collegialgerichtes begründet findet, die Acten sofort an den Staatsanwalt mit der entsprechenden Weisung zurücksenden könne, in dem Falle dagegen, wo er findet, daß überhaupt kein Grund zur weiteren Verfolgung vorhanden sei, die Acten mit einem dahin zielenden Antrage der Anklagekammer des Oberlandesgerichtes vorzulegen habe. (Erlaß des Justizministeriums vom 23. December 1850, Nr. 16.982).

4. Wie schon bemerkt, scheint aus §. 250, lit. c, in Verbindung mit §. 249 hervorzugehen, daß die Staatsanwaltschaft auf Grund des Verweisungserkenntnisses die Anklage erheben *müsse*. Dieser Folgerung steht aber die ebenfalls bereits erwähnte Bestimmung des §. 303 entgegen, aus welcher hervorgeht, daß die Staatsanwaltschaft berechtigt sei, die Einstellung der Hauptverhandlung zu bewirken, also über die Aufrechthaltung und Fortführung der Anklage lediglich nach ihrer eigenen Ueberzeugung sich zu entscheiden. Es ist daher aus dieser gesetzlichen Verfügung auch wirklich die Folgerung gezogen worden, daß der Antrag auf Einstellung nicht erst bei der Hauptverhandlung, sondern schon vor derselben in was immer für einem Zeitpunkte nach Fällung des Verweisungserkenntnisses gestellt werden könne. (*Würth* a. a. O., S. 498).

Man kann nun nicht übersehen, daß dieser Stand der Dinge eine ganze Reihe von Widersprüchen enthalte. Ohne den Antrag der Staatsanwaltschaft kann keine Voruntersuchung eingeleitet, wohl aber kann *gegen* den Antrag der Staatsanwaltschaft die Voruntersuchung weiter geführt und die Versetzung in den Anklagestand verfügt werden. Da-

gegen kann die Staatsanwaltschaft diesen Beschluß in einer für die Gerichte (wenngleich nicht für den Angeklagten) bindenden Weise beseitigen, indem sie die Anklage später fallen läßt.

5. Aber nicht bloß *fallen lassen*, sondern auch *einschränken* kann die Staatsanwaltschaft die Anklage, ohne dabei an etwas Anderes als an ihre eigene Ansicht gebunden zu sein. Findet nämlich der Gerichtshof, daß die der Anklage zu Grunde liegende That ein schwereres Verbrechen bilde, als worauf das Verweisungserkenntniß lautet, so kann er sein Urtheil mit dieser seiner Rechtsüberzeugung so lange nicht in Einklang bringen, als nicht auch der Staatsanwalt dieser Ansicht zustimmt. (Zweiter Satz des §. 291.)

Ja noch mehr, auch von der im Verweisungserkenntniß ausgesprochenen Rechtsansicht — selbst des Cassationshofes — kann der Staatsanwalt in einer das Gericht bindenden Weise abgehen, da dieses letztere an die Anträge des Staatsanwaltes hinsichtlich der Art und Größe der Strafe in soweit gebunden ist, daß es auf keine härtere als die vom Staatsanwalt beantragte Strafe erkennen darf. (§. 292.)

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß einerseits durch manche der vorstehend hervorgehobenen Bestimmungen das Anklageprincip in seinen berechtigten Consequenzen verkürzt sei, andererseits aber demselben eine Ausdehnung gegeben werde, vermöge deren das Gericht innerhalb seines eigenen Wirkungskreises behindert und gezwungen wird, Erkenntnisse auszusprechen, welche mit seiner eigenen Rechtsüberzeugung im Widerspruche stehen. Der Entwurf geht daher von der Erwägung aus, daß es nothwendig sei, den Anklagegrundsatz in dem früher entwickelten, hoffentlich jede Mißdeutung ausschließenden Sinne offen und ungescheut durchzuführen, nicht aber Verwirrung und Unklarheit in die Grundlage des ganzen künftigen Strafverfahrens dadurch zu bringen, daß man nothwendige Folgerungen des einmal angenommenen Grundsatzes, blos weil sie mit herkömmlichen Anschauungen im Widerspruche sind, fallen läßt, oder (was noch ärger wäre) sie bemäntelt und verdeckt, indem man sie zuläßt. Ohne die Erörterung der Dinge durch die Hineinziehung von vielgebrauchten Namen und Schlagworten zu verwirren und ohne die theoretischen Discussionen über den Gegensatz des *Untersuchungs*- und des *Anklageprincipes*, oder über die Bedeutung der sogenannten *Anklageform* hier wieder aufzunehmen, wird es möglich sein, mit

wenigen Worten den für den Entwurf maßgebenden Gedanken zu bezeichnen:

Der Staat hat jetzt wie ehemals die doppelte Aufgabe, dafür zu sorgen, daß die Verbrechen erforscht, die Verbrecher verfolgt werden und daß, wenn eine bestimmte Person eines Verbrechens beschuldigt wird, über diese Beschuldigung nach Wahrheit, Recht und Gesetz entschieden werde. Allein während ehemals beide Geschäfte den Gerichten oblagen, werden dieselben jetzt für unvereinbar erklärt und geht die Forderung der Zeit eben dahin, die Gerichte auf das zweite Geschäft einzuschränken, das erste aber einem selbstständigen Beamtenorganismus (der Staatsanwaltschaft) ausschließlich zu übertragen.

In diesem Sinne weist der Entwurf die Initiative, die Erhebung der öffentlichen Klage, der Staatsanwaltschaft zu, ohne zu gestatten, daß ihre Thätigkeit durch die der Gerichte ergänzt oder gar ersetzt werde. Die Amtswirksamkeit der Gerichte ist daher eingeschränkt auf jene Personen und auf jene strafbaren Handlungen, hinsichtlich welcher die Staatsanwaltschaft ihre Entscheidung anruft. Diese Entscheidung selbst aber haben die Richter mit Wahrheit und Gesetz nach ihrem besten Wissen und Gewissen in Einklang zu bringen, ohne bei der rechtlichen Beurtheilung der Thatsachen und bei der zu dieser gehörigen Bemessung der Strafe an die Ansichten der Staatsanwaltschaft gebunden zu sein.

In dieser Beziehung finden nachstehende Bestimmungen des Entwurfes ihre Erklärung:

1. Der Untersuchungsrichter kann die Voruntersuchung nur wegen solcher strafbaren Handlungen und nur gegen diejenigen Personen einleiten, bezüglich welcher ihm ein darauf abzielender Antrag des Staatsanwaltes vorliegt. Anzeigen wegen anderer strafbarer Handlungen und gegen andere Personen hat er zwar entgegen zu nehmen, auch bezüglich derselben jene Amtshandlungen vorzunehmen, welche ohne Ueberschreitung einer gesetzlichen Frist oder ohne Gefährdung des Zweckes nicht aufgeschoben werden können; allein er hat hievon ohne Verzug den Staatsanwalt in Kenntniß zu setzen und sodann dessen Anträge abzuwarten. (§. 87 des Entwurfes.)

Hiemit hängt auch die Bestimmung des §. 138 des Entwurfes zusammen, nach welcher dasselbe Verfahren einzuhalten ist, wenn bei einer Haus- oder Personsdurchsuchung Gegenstände gefunden werden,

welche auf eine andere strafbare Handlung schließen lassen, als wegen welcher die Durchsuchung vorgenommen wird.

Durch diese Anordnungen sind alle früher erwähnten Zweifel in dem Sinne beseitigt, daß es nicht mehr vom Zufall abhängt, ob einer der Fundamentalsätze des Strafprocesses in einem gegebenen Falle umgangen werden kann.

2. Sobald es der Staatsanwalt beantragt, wird die Voruntersuchung eingestellt, und es ist dem Angeschuldigten auf sein Verlangen ein Amtszeugniß darüber auszufertigen, daß kein Grund zur weiteren Verfolgung gegen ihn vorhanden sei. Das so eingestellte Strafverfahren kann nur dann wieder aufgenommen werden, wenn neue Beweismittel vorgebracht werden. (§§. 103, 104 und 342 des Entwurfes.) Die im §. 113 der Strafproceßordnung von 1850 bemerkbare Nachwirkung der Entbindung von der Instanz, welche sich in der doppelten Form der Amtszeugnisse äußert, fällt somit weg.

3. Die Einstellung des Verfahrens findet in gleicher Weise und mit gleicher Wirkung statt, wenn die Staatsanwaltschaft am Schluß der Voruntersuchung keine Anklageschrift überreicht oder dieselbe vor der Hauptverhandlung zurücknimmt. (§§. 107 und 215.)

4. Wenn der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung von der Anklage zurücktritt, so erfolgt nach der Strafproceßordnung von 1850 die Einstellung des Verfahrens, bei welcher jedoch der Angeklagte hinsichtlich der Wiederaufnahme sich im Nachtheile befindet. Es ist deßhalb seine Zustimmung erforderlich; versagt er sie, so muß das Gericht entscheiden, und wenn dieses den Angeklagten schuldig findet, so muß entweder der Staatsanwalt seiner bereits ausgesprochenen Ansicht zuwider einen Strafantrag stellen, oder es wird die Verurtheilung durch die bereits erwähnte Bestimmung des §. 292 vereitelt. Jedem also, dem Angeklagten, dem Gerichte und dem Staatsanwalte, stellt diese Anordnung eine peinliche Alternative.

Der Entwurf zählt daher im §. 247, Zahl 2, den Rücktritt von der Anklage unter den Gründen auf, um derentwillen ein freisprechendes Urtheil ergehen muß.

5. Außerdem ist das Gericht an die Anträge des Staatsanwaltes nur in soweit gebunden, als es den Angeklagten nicht einer That schuldig erklären darf, auf welche die Anklage weder ursprünglich gerichtet, noch vom Staatsanwalte während der Hauptverhandlung ausgedehnt wurde

(§. 255 des Entwurfes). Dem Gerichte ist also bei der Beurtheilung der Ergebnisse des Beweisverfahrens, so weit sie nicht durch Rücktritt von der Anklage seiner Cognition wieder entzogen werden, die vollste Freiheit gewahrt. Es kann nicht mehr in die Lage kommen, wie nach der Strafproceßordnung von 1850 wohl möglich war (vergl. v. Hye-Glunek Leitende Grundsätze Seite 38 und 39, Anm.), daß es seinem Urtheile entweder einen nach seiner Ansicht unrichtigen Sachverhalt zu Grunde legen oder den Angeklagten, den es eines schwereren Verbrechens schuldig fand, als der Staatsanwalt, ganz freisprechen mußte, wenn es nicht etwa Entscheidungsgründe geben wollte, welche mit dem Erkenntniß selbst in auffallendem Widerspruche standen.

Für den Entwurf war hier, wie bei allen vorstehend erwähnten Bestimmungen, der Gedanke maßgebend, daß der Strafproceß zwar an Formen gebunden sein müsse, welche einen regelrechten Gang, eine unbefangene Entscheidung sichern, daß es aber nicht darauf ankommen könne, das Wesen der Sache der bloßen Formalität zu opfern, noch die richterliche Entscheidung den Ansichten der Staatsanwaltschaft unterzuordnen. Vielmehr muß es als eine Hauptaufgabe betrachtet werden, jede beim Strafproceß mitwirkende Person in die Lage zu bringen, nach ihrer eigenen gewissenhaften Ueberzeugung handeln zu können, ohne besorgen zu müssen, dadurch störend auf den Gang des ganzen Verfahrens einzuwirken. Die Anklageform hat eine sachliche Bedeutung für die Begrenzung der Aufgabe, welche in factischer Beziehung dem Gerichte gestellt ist; hier liegt es in der Natur der Sache, daß für die Reinheit und Unbefangenheit der richterlichen Stellung gar nicht anders gesorgt werden kann, als indem man dem Richter untersagt, seine Entscheidung auf strafbare Handlungen auszudehnen, hinsichtlich welcher sie nicht begehrt wird. Allein während es sich mit dem Gewissen des gerechtesten Richters vollkommen verträgt, sich eines Urtheils zu enthalten, das ihm nicht zusteht, oder, was dasselbe ist, aus diesem formellen Grunde ein freisprechendes Urtheil zu fällen, läßt sich dies keineswegs von solchen Anordnungen behaupten, welche ihn in die Lage bringen, über die seiner Entscheidung unterbreitete Sache selbst einen Ausspruch verkünden zu müssen, welcher von dem Urtheile abweicht, das er sich innerlich gebildet hat.

Sowie nun der Entwurf die Staatsanwaltschaft nicht in die Lage bringt, über die rechtliche Beurtheilung der That eine von der ihrigen

abweichende Ansicht vertreten zu müssen, ebenso sichert er dem Gerichte hierin die vollste Freiheit; das erkennende Gericht hat daher nicht zu untersuchen, ob die Ansicht des Staatsanwaltes über das Gesetz, welches auf den Fall anzuwenden ist, milder oder strenger als seine eigene sei, sondern einfach nach freier Ueberzeugung das richtige Gesetz richtig anzuwenden sei.

Ganz besondere Bedeutung gewinnt das eben Gesagte hinsichtlich der Bemessung der Strafe.

Es ist eine der wichtigsten und schwierigsten Aufgaben des Richters, innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes denjenigen Grad der Strafe zu finden, welcher dem Grad der Schuld genau entspricht. Es ist nun in der That nicht abzusehen, aus welchem Grunde auf die Ausübung dieses richterlichen Geschäftes, welches durchaus vom persönlichen Eindruck abhängt, dem Staatsanwalte ein maßgebender Einfluß eingeräumt, seine persönliche Ansicht über die des Richter-Collegiums gestellt, und dadurch hinsichtlich einzelner Angeklagter ein anderes als das im Gesetze bestimmte Maximum aufgestellt werden sollte. Gesetzt es handle sich um die gleichzeitige Verurtheilung mehrerer Mitschuldigen, und in den Strafanträgen des Staatsanwaltes sei eben der Angeklagte am Mildesten behandelt, welcher nach der Ansicht des Gerichtes am strengsten zu bestrafen ist; so hätte das Gericht nur die Wahl, entweder gegen seine Ueberzeugung die vom Staatsanwalte vorgeschlagene Strafabstufung anzunehmen und damit gegen die ausgleichende Gerechtigkeit zu verstoßen, oder die Strafen nach einem ganz willkürlichen, durch die zufällige Ansicht des Staatsanwaltes bedingten Maßstabe zu bestimmen.

Wenn nun aber, um diesen Uebelständen zu begegnen, die jetzt geltende Strafproceßordnung das Gericht an die Anträge des Staatsanwaltes nicht bindet, so ist damit wieder anderen Uebelständen der Zutritt geöffnet. Die Stellung des Staatsanwaltes gegenüber der Vertheidigung bringt es mit sich, daß man bei ihm die dem Angeklagten ungünstigste Auffassung voraussetzt; durch seinen Antrag wird sich daher das Gericht, wenn auch nicht juristisch, so doch in der Regel moralisch gebunden fühlen. Muß es dann, um seiner rechtlichen Ueberzeugung nicht untreu zu werden, strenger urtheilen als es der Staatsanwalt beantragt hat, so bereitet dies, gerade wo es sich nur um ein Mehr oder Weniger handelt, welches scheinbar von der Willkür abhängt, immer eine peinliche Lage und die Richter werden in solchen Fällen

immer den Eindruck haben, daß ihnen ihr Amt durch den Staatsanwalt nicht erleichtert, sondern erschwert werde.

Da nun überdieß nicht abzusehen ist, wie durch das unmaßgebliche Votum des Staatsanwaltes über die Höhe der Strafe irgend ein processualisches Bedürfniß befriedigt werden solle, dürfte der Entwurf ohne irgend einen Nachtheil für die Rechtspflege einen der bedenklichsten Anlässe zu Reibungen zwischen Richtern und Staatsanwälten dadurch beseitigt haben, daß er dem Staatsanwalt untersagt, irgend einen bestimmten Antrag über die Bemessung der Strafe zu stellen.

Es ergibt sich aus Vorstehendem, daß der Entwurf die gegenseitige Stellung der Gerichte und der Staatsanwaltschaft in solcher Weise zu regeln sucht, daß der processualische Zweck, um dessentwillen die letztere eingeführt wurde, vollständig erreicht, dabei aber den Entscheidungen und Urtheilen der Gerichte die vollste Freiheit und Unabhängigkeit gewahrt werde. Der Entwurf sucht eine Staatsanwaltschaft herzustellen, welche ihren Beruf unabhängig von den Gerichten übt, aber keinen Augenblick in Versuchung sein kann, der Unabhängigkeit der Gerichte zu nahe zu treten. Es versteht sich ja daher von selbst, daß alle jene Bestimmungen, bei welchen die Strafproceßordnung von 1850 im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit von dem französischen Vorbilde abwich, im Entwurfe beibehalten sind. So ist dem Untersuchungsrichter gegenüber dem Antrage auf Einleitung der Voruntersuchung das Recht der selbstständigen richterlichen Entscheidung unter Aufsicht der Rathskammer durchaus gewahrt, dem Staatsanwalte verboten, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, oder den Abstimmungen der Gerichte beizuwohnen. (§§. 33, 86, 91 des Entwurfes.)

Sollte es gelungen sein, durch die vorstehende Ausführung nachzuweisen, daß die Stellung, welche der Entwurf der Staatsanwaltschaft einräumt, sich als richtige Folgerung aus einem richtigen Grundsatze erweise, welcher als maßgebend für die Neugestaltung des Strafverfahrens allgemein anerkannt ist, so wird es fast überflüssig sein, den Entwurf auch noch durch Hinweisung auf jene Vortheile zu rechtfertigen, welche sich hinsichtlich der Vereinfachung und Beschleunigung des Proceßganges von demselben erwarten lassen. Es wird da, wo von der Gestaltung der Voruntersuchung und von der Versetzung in den Anklagestand die Rede sein wird, sich Gelegenheit bieten, zu zeigen, wie viele nutzlose, blos der Form wegen zu verrichtende Arbeit in Folge der der

Staatsanwaltschaft zugewiesenen Stellung künftig entfallen könne, wie viel Arbeit und Zeit der Gerichte auf diese Art für jene Fälle aufgespart werde, die ihrer in Wahrheit bedürfen.

Hier wird nur noch die hie und da sich zeigende Besorgniß zu berücksichtigen sein, daß die Staatsanwaltschaft die ihr angewiesene Stellung zum Nachtheile der Gerechtigkeit mißbrauchen könnte.

Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die Möglichkeit eines solchen Mißbrauches allerdings hier, wie überall, wo einem Beamten ein Theil der öffentlichen Gewalt anvertraut wird, vorhanden sei. Die Frage kann nur sein, ob es kein anderes Mittel gebe, diesem Mißbrauch zu steuern, als daß man die Staatsanwaltschaft unter die Controle der Gerichte stellt, diesen letzteren somit das Anklagebefugniß einräumt und damit gerade jenen Zweck vereitelt, um dessentwillen allein die Staatsanwaltschaft eingeführt worden ist. Sieht man von diesem gewiß nicht zu empfehlenden Mittel der Controle ab, so wird es nothwendig sein, zu unterscheiden zwischen jenen Anlässen zum Mißtrauen, welche aus der Stellung des einzelnen staatsanwaltschaftlichen Beamten und denjenigen, welche aus der Stellung entspringen, welche die Staatsanwaltschaft im Ganzen, namentlich der Regierung gegenüber, einnimmt.

Was die erstere betrifft, so weiß sich der Staatsanwalt, wenn er etwa versucht sein sollte, eine Verfolgung aus Parteilichkeit oder Nachlässigkeit abzulehnen oder einzustellen, unter der Herrschaft des Strafgesetzes (§§. 101, 104, 105, 311 des Strafgesetzes) und unter der scharfen Aufsicht seiner Vorgesetzten. Gerade der staatsanwaltschaftliche Beamte steht, vermöge der streng einheitlichen Gliederung des Beamten-Organismus, der unbedingten Absetzbarkeit und Versetzlichkeit, der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für seine Untergebenen unter einer so scharfen und wirksamen Controle, daß er gewiß jenen Versuchungen nur in sehr geringem Grade ausgesetzt ist, abgesehen davon, daß seine Wirksamkeit zum großen Theile dem Gerichte, den Polizeibehörden, ja selbst dem Publikum vor Augen liegt.

Die im Entwurf vorausgesetzte Gerichtsorganisation beseitigt übrigens noch jene Bedenken, welche die ziemlich untergeordnete und dabei isolirte Stellung des Staatsanwaltes am Bezirks-Collegialgerichte wohl eingeflößt haben würde. Die Staatsanwälte bei den Landesgerichten werden ihre Stellvertreter leicht zu überwachen vermögen, und selbst in einer, alle Beruhigung gewährenden Weise ausgewählt werden können.

Auch liegt ihre ganze Wirksamkeit einem ansehnlich zusammengesetzten Gerichtshofe vor Augen.

Einigermaßen wird der Leichtfertigkeit in Zurücklegung von Anzeigen, bei welchen am ehesten der Staatsanwalt meinen kann, unbeobachtet zu bleiben, die Anordnung des §. 84, Absatz 2, entgegenwirken, vermöge welcher die Gründe der Zurücklegung auf dem Actenstück bemerkt werden müssen.

Dazu kommt nun noch ein anderes wichtiges Moment. Ohne dem durch die strafbare Handlung Beschädigten eine so umfassende Berechtigung einzuräumen, wie sie für ihn neuester Zeit vielfach in Anspruch genommen wird: gestattet doch auch der Entwurf dem Beschädigten den Anschluß an das Strafverfahren, und räumt ihm dabei (§. 45) sehr bedeutende Rechte ein, Rechte, welche für die Wahrnehmung seiner Interessen vollkommen ausreichen, sobald und so lange die Staatsanwaltschaft überhaupt die Sache verfolgt.

Wesentlich beeinträchtigt können diese nur durch die Verweigerung der Verfolgung oder durch den Rücktritt von derselben werden. Erfolgen diese unter Umständen, unter welchen der Beschädigte meint, in seinem Recht verletzt zu sein, so wird er nicht unterlassen, beim Generalprocurator deßwegen Beschwerde zu führen; damit nun dieser nicht sich darauf beschränken müsse, seinen Untergebenen zur Verantwortung zu ziehen, sondern auch wirklich Abhilfe zu verschaffen vermöge, ist ihm im §. 30 das Recht eingeräumt, in allen Fällen, wo der Staatsanwalt von der Verfolgung vor der Hauptverhandlung zurückgetreten ist, binnen 30 Tagen nach Einstellung des Strafverfahrens die Verfolgung wieder aufzunehmen, ohne an die allgemeinen Bedingungen der Wiederaufnahme gebunden zu sein. Dem entsprechend ist dem Staatsanwalt zur Pflicht gemacht, in Fällen solcher Art den Privatbetheiligten unverzüglich von seiner Verfügung in Kenntniß zu setzen (§. 45, Z. 3).

Dem organischen Gesetz über die Staatsanwaltschaft müßte es überdies vorbehalten bleiben, das Aufsichtsrecht und die Disciplinargewalt der Vorgesetzten noch näher zu regeln, um die letztere in den Stand zu setzen, Mißbräuchen, welche sich ihre Untergebenen etwa zu Schulden kommen lassen, mit Energie und Erfolg zu begegnen.

Es bleibt also nur die andere Seite der Frage zu betrachten, ob nämlich nicht die Regierung durch den Justizminister, welchem die gesammte Staatsanwaltschaft so strenge untergeordnet ist, die Stellung

der letzteren mißbrauchen könnte, um einen ungebührlichen Einfluß auf die Strafrechtspflege zu üben, um, statt ihrer staatsrechtlichen Verpflichtung gemäß, für eine gerechte, unparteiische zweckentsprechende Strafrechtspflege zu sorgen, aus unlautern Motiven gewisse Personen, oder gewisse Vergehen der Anwendung des Strafgesetzes zu entziehen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob wirklich eine Regierung sich leicht herbeiließe, ihre Untergebenen zu Mitwissern eines so unlautern Thuns zu machen und dasselbe, wie kaum zu vermeiden wäre, in ihrem amtlichen Schriftwechsel mit ihnen zu documentiren. Es mag auch dahin gestellt bleiben, ob eine Regierung, die einmal so tief gesunken wäre, nicht unter allen Umständen minder verfängliche Mittel fände. — Wohl aber muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß eine Garantie gegen solche Mißbräuche, soweit dadurch das öffentliche Interesse allein berührt wird, niemals in criminalprocessualischen, immer nur in staatsrechtlichen Einrichtungen gefunden werden könne.

Uebrigens kann das angeregte Bedenken nicht etwa vorzugsweise gegen den Entwurf und die darin gemachten neuen Vorschläge sich richten. Wenn nämlich ein Mißbrauch der der Staatsanwaltschaft zugewiesenen Berechtigungen durch Unterlassung pflichtmäßiger Verfolgung von Verbrechen zu besorgen ist, so gilt dies gewiß in weit höherem Grade von jener Thätigkeit, welche sich der Kenntniß der Gerichte entzieht, als von derjenigen, welche unter ihre Augen fällt, — eher also von der der Staatsanwaltschaft eingeräumten Entscheidung über die Einleitung der gerichtlichen Untersuchung als von ihrer Befugniß die Einstellung des Verfahrens zu erwirken. Gerade bei jenen Sachen, bei welchen irgend eine parteiische Rücksichtnahme das Verhalten des Staatsanwaltes oder seiner Vorgesetzten beeinflußt, wird dieser Einfluß sich gleich von vornherein geltend machen und bewirken, daß der Staatsanwalt den Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung überhaupt nicht stellt. Die Entscheidung über diesen ersten Antrag ist aber auch nach französischem Recht, auch nach der Strafproceßordnung von 1850, der Staatsanwaltschaft principiell vorbehalten, und der Entwurf hat nur der bezüglichen Bestimmung eine deutlichere Fassung gegeben, nur Zweifel beseitigt, welche der Wortlaut jenes Gesetzes erregen konnte, welche aber wohl auch in seinem Geiste nicht anders zu lösen waren; — wie denn auch die neueren deutschen Strafproceßgesetze die Initiative der Staatsanwaltschaft in diesem Sinne auffassen. Wenn man aber der

Staatsanwaltschaft die Verfügung über die öffentliche Klage unbedenklich da überläßt, wo sie sich unbeobachtet weiß, kann man ihr die Entscheidung über die Fortführung jener Klage, über welche sie sich vor Gericht, vielleicht sogar öffentlich erklären muß, doch wohl nicht aus Furcht vor absichtlichem Mißbrauch entziehen wollen.

Wenn diese Furcht wirklich maßgebend ist, so könnte man consequenter Weise sich nur an jene Einrichtungen halten, welche die jetzt geltende österreichische Strafproceßordnung hergestellt hat, vermöge welcher nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das Gericht über die Erhebung der öffentlichen Klage zu verfügen hat.

Das Verhältniß der durch die strafbare Handlung Beschädigten ist im Entwurfe nunmehr wesentlich mit dem bisherigen Rechte übereinstimmend geregelt.

Was zunächst jene Fälle betrifft, in welchen die Verfolgung nicht ohne das Verlangen eines Betheiligten stattfinden darf, so entspricht die Stellung, welche dem Privatankläger nach §. 44 Entw. zukommt, den bisherigen Gesetzen; hervorzuheben ist hier nur, daß der Entwurf diese Bestimmungen nicht auf Vergehen einschränkt, sondern vielmehr auf Uebertretungen anwendbar erklärt (§. 449, Absatz 2).

In allen anderen Fällen kann der durch eine strafbare Handlung Verletzte sich dem Strafverfahren als Privatbetheiligter anschließen, wobei ihm die im §. 45 Entw. aufgezählten Proceßrechte zustehen. Handelt es sich um eine Uebertretung, so kann der Beschädigte, wenn der zu den Verrichtungen der Staatsanwaltschaft berufene Beamte die Verfolgung verweigert, diese mit allen Rechten eines Privatanklägers selbst führen (§. 450 Entw.).

Der Entwurf begünstigt es nach Möglichkeit, daß über die privatrechtlichen Ansprüche im Strafurtheil sofort entschieden werde. Wenn jedoch das erkennende Gericht die ihm vorliegenden Materialien hiezu nicht ausreichend findet, so steht es ihm nicht blos frei, den Privatbetheiligten auf den Civilrechtsweg zu verweisen, sondern es steht auch gegen diesen Ausspruch ein Rechtsmittel nicht offen; weil es offenbar eben so unthunlich wäre, wenn die höhere Instanz auf noch minder verläßliche Grundlagen hin das Urtheil selbst fällen, oder wenn sie das untere Gericht verhalten wollte, über eine Sache zu urtheilen, die sie als nicht spruchreif erklärt hat.

Geht dagegen die erste Instanz auf die Entscheidung über die pri-

vatrechtlichen Ansprüche ein: so soll der Ausspruch, den sie fällt, beide Theile binden; und eben darum mußte gegen den Inhalt dieses Ausspruches sowohl dem Angeklagten als dem Privatbetheiligten die Berufung eingeräumt werden.

B. Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens. Verhältniß der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung.

Neben der Durchführung des Anklageprocesses erscheint die Verwirklichung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens als die unerläßlichste Voraussetzung jeder wahren Verbesserung desselben. Oeffentlichkeit und Mündlichkeit aber sind bedingt durch die richtige Regelung des Verhältnisses der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung. Zwar nicht ihrer Natur nach, aber nach den auf dem gesammten europäischen Continent herrschenden Anschauungen ist die Voruntersuchung schriftlich und geheim; Oeffentlichkeit und Mündlichkeit können also nur für die Hauptverhandlung maßgebend sein, und üben daher auf den Proceß nur in soweit Einfluß, als die Hauptverhandlung in demselben vorwiegt.

Es muß aber geradezu als eine Lebensfrage für das künftige Strafverfahren angesehen werden, daß insbesondere die Mündlichkeit zur vollen Wirksamkeit gelange. Denn wenn man gleich den Werth der Mündlichkeit im Strafverfahren nicht hoch genug anschlagen kann, weil nichts so wirksam gegen etwaige Mißgriffe der Richter schützt, als die durch sie gebotene Unmittelbarkeit der Anschauung, so kann man sich doch nicht verhehlen, daß dieser Vortheil, wenn er der einzige bleibt, sehr theuer erkauft wird. Wenn nämlich die mündliche Verhandlung nichts Anderes ist, als die Wiedervorführung der schon vorher vollständig zusammen gebrachten, gesichteten und geordneten Materialien des Processes, so kann es nicht fehlen, daß man in ihr eine wenigstens in vielen Fällen entbehrliche Förmlichkeit sieht, und daß man sich die Frage vorlegt, ob nicht mit ihr eine nicht immer zu rechtfertigende Verlängerung des Processes, eine schwere Belästigung für Richter und Zeugen, welche letztere aber- und abermals vorgerufen werden, um immer dasselbe auszusagen, endlich eine empfindliche Erhöhung der Anforderungen an die Kräfte der Beamten und an den Staatsschatz verbunden sei, Nachtheile, welche selbst durch jene Vortheile nicht immer aufgewogen werden können. Nur wenn die Mündlichkeit *eine Wahrheit* wird, d. h.

wenn die Hauptverhandlung wirklich eine Verhandlung und nicht blos die Reproduction des bereits Verhandelten ist, schlagen alle jene Nachtheile in ihren Gegensatz um, und während die Unmittelbarkeit und Lebhaftigkeit der in der Verhandlung erzielten Eindrücke wächst, wird das Verfahren ein einfaches, rasches, energisches und es zeigt sich, daß die Zwecke der Strafrechtspflege durch sie zugleich am sichersten und am leichtesten erreicht werden.

Es ist unverkennbar, daß die Strafproceßordnung vom Jahre 1850 eben diesen Zustand herbeiführen sollte, allein eben so gewiß ist, daß ihr das bei weitem nicht gelungen war. Gerade dasjenige, worauf es hier ankömmt, nämlich die Feststellung des Verhältnisses zwischen der Voruntersuchung und der Hauptverhandlung, die Einschränkung der ersteren auf das geradezu Unentbehrliche, läßt sich durch Aussprüche des Gesetzes allein nicht wohl erreichen und es war um so schwerer zu erwarten, daß die Praxis von selbst in das richtige Geleise gelangen werde, weil die Voruntersuchung und das ihr folgende Uebergangsverfahren mit dem früheren Criminalproceß und seinem auf die Acten allein sich gründenden Erkenntniß so verwandt waren, daß man leicht sich in den Gedanken hineinleben konnte, es sei mit der mündlichen Hauptverhandlung nur ein neues Proceßstadium hinzu gekommen.

Aufmerksame Beobachter erkannten sehr bald, daß die wirksame Bekämpfung dieser falschen Auffassung für den Erfolg der Strafproceßordnung entscheidend sein müsse.

Es sei gestattet anzuführen, was darüber in einem schon am 15. März 1851 erstatteten Bericht bemerkt wird:

„Die Gewohnheit, in welcher die mit der Strafgerichtspflege betrauten Individuen herangebildet wurden, läßt sie den Schwerpunkt des neuen Verfahrens ganz wo anders suchen, als wo er zu finden ist, und führt sie so zu einer Schreibseligkeit und Weitwendigkeit, welche die den geheimen und schriftlichen Vorgängen nachfolgende öffentliche und mündliche Verhandlung zu einem bloßen Schauspiel herabwürdiget und eine höchst bedenkliche Geschäftsverzögerung herbeiführt.

„Dieser Uebelstand zeigt sich leider nicht selten sogar in den Verweisungserkenntnissen, welche eine auf alle Einzelnheiten eingehende ermüdende Thatgeschichte in die Motive aufnehmend, in der That nichts anderes zu sein scheinen, als Endurtheile, welche nicht den dringenden Verdacht aussprechen, sondern über Schuld oder Nichtschuld entscheiden.

„Sobald ein so arges Mißverständniß sich einmal in die Verweisungserkenntnisse einschleicht, so mögen auch die Untersuchungsrichter entschuldigt sein, wenn sie die Verhöre mit jener Umständlichkeit aufnehmen, als ob sie aus denselben einen künstlichen Beweis zu construiren hätten, wenn sie die Vernehmung nicht eher schließen, bis sie auch die kleinste Lücke in der Geschichte des Thäters und der That erhoben zu haben vermeinen. Und nicht nur die Untersuchungsrichter, sondern auch die Staatsanwälte werden unwillkürlich in die Bahn gedrängt, wenn sie die Verweisung des Angeschuldigten bewirken wollen. Die Folgen dieser unglücklichen Auffassung sind übermäßig weit ausgesponnene Untersuchungen — und bei der Versetzung in den Anklagestand eine Vielschreiberei, welche den gepriesenen Vorzügen der Mündlichkeit Hohn zu sprechen scheint, indem in den Anträgen des Staatsanwaltes, in den schriftlichen Referaten, in den Verweisungserkenntnissen und Anklageschriften alle Details der Thatfrage mit derselben Prolixität ausgeführt und so in unmittelbarer Folge nach einander drei bis viermal zu Markte gebracht, beziehungsweise abgeschrieben werden."

Mit Rücksicht auf das Vorstehende konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß bei der vorzunehmenden Revision der Strafproceßordnung von 1850 das Hauptaugenmerk eben auf die Verwirklichung dessen gerichtet sein müsse, was jenes Gesetz zwar angestrebt, aber nicht erreicht hat. Der Entwurf sucht daher den Zweck der Voruntersuchung so zu bezeichnen, daß irrige Auffassungen dieser Art möglichst ausgeschlossen werden, und daß deutlich erkannt werde, es habe die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung selbst zu erfolgen, die Voruntersuchung aber sie nur vorzubereiten. (§. 90 Entw.). Die Voruntersuchung soll daher nach §. 105 Entw. geschlossen werden, „sobald die dem Untersuchungsrichter bekannt gewordenen Erkenntnißquellen so benützt sind, daß über die Versetzung in Anklagestand entschieden werden kann, und die zur vollständigen Vorführung der Beweismittel in der Hauptverhandlung erforderliche Uebersicht über dieselben erlangt ist. Der Untersuchungsrichter hat mit strengster Beschränkung auf diesen Zweck die Voruntersuchung so rasch als möglich ihrem Ende zuzuführen."

Man konnte sich indeß unmöglich der Täuschung hingeben, als ob durch irgend eine Anweisung oder Belehrung, die das Gesetz in diesem Sinne ertheilt, ein namhaftes Resultat erzielt werden könne. Vielmehr schien es nothwendig durch mehrere Maßregeln von selbstständiger Wirk-

samkeit für die Beschränkung der Voruntersuchung auf jenes Gebiet, welches ihr in einem wahrhaft mündlichen Verfahren allein zukommen kann, Vorsorge zu treffen.

I.

Zunächst war die Frage ins Auge zu fassen, inwiefern die Voruntersuchung überhaupt nothwendig erscheine und es ist begreiflich, daß sich der Blick hier zuerst auf Frankreich richtete, dessen Einrichtungen der Strafproceß-Ordnung von 1850 vorzugsweise zum Muster dienten, gerade in diesem Punkte aber nicht vollständig nachgeahmt worden waren. Das Institut der unmittelbaren Ladung, welches in diesem Lande besteht, bewirkt nämlich eine wesentliche Vereinfachung des Verfahrens. Bekanntlich steht es dort in allen nicht den Schwurgerichten vorbehaltenen Fällen sowohl dem Staatsanwalt als der Civilpartei frei, den Angeschuldigten, ohne daß eine Voruntersuchung oder ein gerichtlicher Beschluß über die Versetzung in den Anklagestand erfolgt, in die öffentliche Sitzung des Gerichtes zur sofortigen Hauptverhandlung laden zu lassen. Nach dem Zeugnisse aller derjenigen, welche die französischen Einrichtungen näher kennen, gewährt gerade diese Verfahrungsweise sehr namhafte Vortheile und verschafft der Justiz bei Lösung ihrer Gesammtaufgabe eine sehr wesentliche Erleichterung. Sie bewirkt, daß gerade in den minder wichtigen Fällen, wo dies am wünschenswerthesten ist, die Strafe dem Vergehen fast auf dem Fuße folgt, während die Verhandlung wegen der Frische und Unmittelbarkeit ihrer Ergebnisse als ganz besonders verläßlich erscheint. Sie gewährt den nicht geringen Vortheil, daß in der Mehrzahl der Fälle den Zeugen und andern Auskunftspersonen erspart wird, mehr als einmal vor Gericht zu erscheinen, wodurch ihre Geneigtheit, der Strafjustiz hilfreiche Hand zu bieten, wesentlich gesteigert wird. Endlich kann das Gericht Zeit und Kräfte, welche an entbehrliche Untersuchungen und Berathungen hätten verschwendet werden müssen, für jene Fälle aufsparen, wo sie nothwendig erscheinen.

Will man nun diese Vortheile der unmittelbaren Ladung auch unserem Vaterlande sichern, so muß man nicht übersehen, daß dieselbe zwei Maßregeln in einen untrennbaren Zusammenhang bringt, ohne daß dies durch die Natur der Sache gerechtfertigt ist. Die directe Ladung bewirkt nämlich immer den Wegfall sowohl der Voruntersuchung als auch der gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Anklage;

sie macht also Voruntersuchung und Versetzung in den Anklagestand durchaus abhängig von dem Ermessen des Staatsanwaltes. Es ist nun aber klar, daß ein solcher Zusammenhang keineswegs als ein nothwendiger erscheint. Die Voruntersuchung ist keineswegs eine lediglich gegen den Angeschuldigten gerichtete Maßregel, sie soll vielmehr nach der für sie noch immer maßgebenden Inquisitionsmaxime die Vertheidigung ebensowohl als die Anklage vorbereiten, und dem Angeschuldigten namentlich die Möglichkeit gewähren, sich noch vor der öffentlichen Hauptverhandlung vollständig zu rechtfertigen und so der letzteren zu entgehen. Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn dem Staatsanwalte die Möglichkeit gewährt wird, nach Gutdünken zu veranlassen, daß dem Angeschuldigten vor der Hauptverhandlung kein richterliches Gehör geschenkt wird. Andererseits kann es vorkommen, daß eine gerichtliche Voruntersuchung in der That vollkommen entbehrlich ist, der Angeschuldigte vielmehr vermeint, nach den bereits klar vorliegenden Thatsachen ein Recht darauf zu haben, ohne Hauptverhandlung außer Verfolgung gesetzt zu werden. Es kann also vorkommen, daß eine Voruntersuchung nothwendig ist, in einem Falle, in welchem eine richterliche Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand überflüssig erscheint und umgekehrt.

Der Entwurf hält daher diese beiden Gesichtspunkte sorgfältig auseinander. Er erklärt die Voruntersuchung nur dann für nothwendig, wenn die Anklage wegen eines mit mehr als fünfjährigem Kerker bedrohten Verbrechens, oder wenn sie gegen einen Abwesenden erhoben werden soll (§. 85). In allen anderen Fällen gestattet er dem Staatsanwalte und vermöge der allgemeinen Bestimmungen des §. 44 des Entwurfes auch dem Privatankläger, die Anklage auch ohne vorausgegangene Voruntersuchung zu erheben. Andererseits aber steht dem Angeschuldigten in diesem wie in jedem anderen Falle das Recht zu, gegen die Anklageschrift Einspruch zu erheben und die vorläufige Entscheidung des Oberlandesgerichtes zu begehren; findet dieses sodann eine bessere Aufklärung des Sachverhaltes nothwendig, so weist es die Anklage vorläufig zurück und veranlaßt die gerichtliche Voruntersuchung (§. 200 des Entw.)

Während die eingehendere Besprechung des Verfahrens bei der Versetzung in Anklagestand einem späteren Abschnitte vorbehalten bleiben muß, genügt das eben Gesagte wohl, um darzuthun, daß der Entwurf die Citation directe des französischen Verfahrens keineswegs vollständig und namentlich nicht in jener Richtung nachgeahmt habe, in

welcher dieselbe gerechte Bedenken erregt. Nach dem Entwurfe soll die Voruntersuchung nur da entfallen, wo ihrer weder der Staatsanwalt noch der Angeschuldigte bedarf, und wo sie also eine nutzlose, für alle Betheiligte beschwerliche Formalität bilden würde.

Bedenkt man, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Angeschuldigte seiner That geständig ist[1]), ja dieses Geständniß schon in dem Augenblick abgelegt hat, wo die Anzeige in die Hände des Staatsanwaltes gelangt, daß gerade in solchen Fällen der Angeschuldigte sich in Haft befindet und nichts anderes verlangt als das Urtheil, welchem er nicht entgehen kann, rasch zu vernehmen, so wird man es begreifen, wie große Erleichterung es gewähren müßte, wenn eine Einrichtung getroffen wird, vermöge welcher in solchen Fällen die ganze Procedur in wenigen Tagen, oft in einem einzigen Tage, beendigt werden kann.

II.

Unverkennbar hängt der Umfang, in welchem die vorstehend erwähnte Erleichterung des Verfahrens sich als wirksam erweisen kann, von einer Vorbedingung ab, davon nämlich, daß der Staatsanwalt sich die nöthige Kenntniß der Sachlage verschaffen könne, ehe er sich darüber entscheidet, ob er verfolgen und insbesondere, ob er die Einleitung einer Voruntersuchung beantragen müsse. Dieser wichtige Punkt muß aber hier abgesondert erörtert werden, weil er nämlich nicht blos für die unter I. besprochene Frage, sondern für die gesammte Gestaltung des Strafprocesses von entscheidender Wichtigkeit ist.

Die Lage Desjenigen, von welchem das Gericht in einer unzweideutigen, wenn auch noch so zurückhaltenden Weise ausgesprochen hat, daß er im Verdacht stehe, ein Verbrechen begangen zu haben, ist immer eine im höchsten Grade peinliche. Wie geheim immer die Voruntersuchung sei, so wird doch das Einschreiten des Gerichtes nicht lange ver-

---

[1]) Nach den vorliegenden Berichten über die Ergebnisse der Strafrechtspflege in Oesterreich im Jahre 1858 verhielt sich die Zahl der auf Grund ihres Geständnisses Verurtheilten zur Gesammtzahl der Verurtheilungen wegen Verbrechen und Vergehen wie 23830 : 35634, während in 3064 Fällen die Schuldigerklärung theils aus dem Geständnisse theils aus der Ueberweisung hervorging. Allerdings läßt sich nicht erkennen, in wie vielen Fällen das Geständniß erst durch die Untersuchung erzielt wurde; allein andererseits muß auch erwogen werden, daß die bestehende gesetzliche Beweistheorie viele Angeschuldigte veranlaßt, gegen alle Evidenz zu läugnen.

borgen sein können, und obgleich der Kundige gar wohl weiß, daß die ersten gerichtlichen Schritte nothwendiger Weise oft auf einer noch ganz unsicheren Grundlage fußen, ist es doch der öffentlichen Meinung schwer, mit ihren Vermuthungen, mit ihrem Urtheil bis zu jenem Moment zurückzuhalten, wo sich in der öffentlichen Hauptverhandlung Alles aufklären muß. In der Zeit, welche zwischen dieser und dem ersten gerichtlichen Einschreiten verfließt, befindet sich die bürgerliche Ehre des Angeschuldigten in der Schwebe.

Je länger aber dieser Zwischenraum währt, desto schmerzlicher, desto gefährlicher wird die Lage des Angeschuldigten. Ein unverkennbares Interesse der bürgerlichen Freiheit ist daher daran geknüpft, daß jener Zwischenraum ein kurzer sei, daß auch das erste Einschreiten des Gerichts dem Unschuldigen soviel möglich erspart werde, und daß dasselbe daher nicht eher eintrete, als bis die Sachlage schon einigermaßen zu übersehen ist. Die Entwicklung des Strafverfahrens seit den letzten drei Jahrhunderten hat jedoch die geradezu entgegengesetzte Richtung genommen; vergebens versuchten Doctrin und Gesetzgebung zwischen dem Untersuchungsverfahren im Allgemeinen und der Untersuchung gegen eine bestimmte Person einen Unterschied festzustellen, den Beginn der Specialuntersuchung hinauszuschieben und von genau formulirten Bedingungen abhängig zu machen. Jeder solche Versuch scheiterte an der Macht der Thatsache, daß das Gericht schon den ersten leisesten Verdacht, gleichviel auf welche Weise er rege gemacht wird, von Amtswegen berücksichtigen muß, und daß die einmal begonnene gerichtliche Untersuchung sich allen theoretischen Distinctionen gegenüber als ein einheitliches und untheilbares Ganzes erweist.

Eben hierin liegt einer der größten jener beträchtlichen Uebelstände, welche daraus erwuchsen, daß in früheren Zeiten in Ermanglung einer anderen Behörde die Initiative der Strafverfolgung dem Strafgerichte selbst zugewiesen werden mußte, und denen man durch die Einführung der Staatsanwaltschaft zu entgehen suchte. Der letztere Zweck wird in der That in allen jenen Fällen vollständig erreicht, wo die Anzeige an den Staatsanwalt in solcher Gestalt gelangt, daß ihm die Beurtheilung der Sachlage ermöglicht wird. In den größeren Städten gelangen die meisten Anzeigen zunächst an die Polizeibehörde, welche sich begreiflich nicht damit begnügt, sie entgegenzunehmen, sondern vorläufige Erhebungen veranstaltet, welche wegen der größeren Beweglichkeit der Poli=

zeiorgane und weil sie an keine bestimmten Formen gebunden sind, in kurzer Zeit ein ziemlich verläßliches Resultat ergeben; diese Ergebnisse liegen dem Staatsanwalt vor, und setzen ihn in den meisten Fällen in den Stand, gewissenhaft zu erwägen, ob gegen eine bestimmte Person ein ernstlicher Verdacht vorliege, und ob mit einiger Aussicht auf Erfolg ein Verfahren eingeleitet werden könne, sowie andererseits, ob er nicht schon die Mittel zur Ueberführung des Angeschuldigten so vollständig besitze, um sofort die Hauptverhandlung veranlassen zu können. Auf diese Weise kann der Staatsanwalt dem Gerichte die Einleitung einer sehr großen Anzahl solcher Untersuchungen ersparen, welche außerdem nicht blos erfolglos, sondern auch ohne Aussicht auf Erfolg der bloßen Form wegen geführt werden müssen.

Wie schwer dies in's Gewicht fällt, wird man namentlich erkennen, wenn man die in den letzten Jahren in Oesterreich auf dem entgegengesetzten Wege gemachten Erfahrungen berücksichtigt, wenn man sieht, wie groß die Zahl der vermöge der ausschließlichen Initiative der Gerichte eingeleiteten Untersuchungen sei, und welchen Erfolg sie ergeben haben [2].

---

[2]) Die Zahl der eingelaufenen oder aus dem Vorjahre übernommenen Anzeigen betrug in Oesterreich:

1856 . . . . 133.017
1857 . . . . 136.897
1858 . . . . 185.162

Zusammen . 455.076

Sofort verworfen wurden:

1856 . . . . 6.423
1857 . . . . 7.674
1858 . . . . 7.558

Zusammen . 21.655 Anzeigen.

Von dem Rest mit . . . . 433.421 wäre noch die Zahl der durch Abtretung an andere Gerichte beseitigten Untersuchungen abzuziehen; allein sie kommt der großen Gesammtzahl gegenüber nicht wesentlich in Betracht.

Verfolgt man nun das Schicksal jener nicht verworfenen Anzeigen, und läßt auch hier wieder die an andere Gerichte abgetretenen Untersuchungen unberücksichtigt, so zeigt sich, daß das Verfahren ohne Specialuntersuchung eingestellt wurde:

Im Jahre 1856 in . . . . 67.159 Fällen;
" " 1857 " . . . . 75.674 "
" " 1858:
a) wegen Mangels des Thatbestandes in 45.281 Fällen;
b) weil der Thäter nicht zu ermitteln, in 34.586 "
c) aus anderen Gründen in . . . . . 1.723 " 81.590 "

Zusammen in . 224.423 Fällen.

Nicht immer aber wird es der Staatsanwaltschaft in gleicher Weise leicht gemacht, zur Vereinfachung des Geschäftsganges beizutragen und dem Verdächtigen eine offenbar vergebliche Untersuchung zu ersparen; denn nicht immer gelangen die Anzeigen in der früher beschriebenen Weise an dieselbe. Sehr häufig wird die Anzeige von einer Privatperson erstattet; ihre eigenen Angaben sind oft unverläßlich, noch weniger wird man auf ihre Mittheilungen über die zu gewärtigenden Aussagen anderer Personen bauen können.

Bleibt unter solchen Umständen dem Staatsanwalt nur die Wahl, die Anzeige ohne nähere Prüfung zu verwerfen, oder die Aufklärung durch eine gerichtliche Voruntersuchung herbeizuführen, so wird er als gewissenhafter Hüter des öffentlichen Interesse das Letztere vorziehen. Dasselbe wird geschehen müssen, wenn die Anzeige von einer Behörde gemacht, oder durch deren Vermittlung von Privaten eingesendet wird, endlich auch in dem Falle, wenn eine von der Polizeibehörde gepflogene Vorerhebung unvollständig ist.

In allen diesen Fällen muß also dem Staatsanwalt die Möglichkeit offen bleiben, sich jene Kenntniß der Sachlage zu verschaffen, deren er bedarf, um sich gewissenhaft darüber entscheiden zu können, ob er eine gerichtliche Verfolgung veranlassen solle oder nicht.

Der Entwurf hat nun auch in dieser Beziehung nicht etwas vollständig Neues geschaffen, sondern sich darauf beschränkt, die Intentionen, welche schon für die Strafproceß-Ordnung von 1850 maßgebend waren, deutlicher und bestimmter hervortreten zu lassen.

Aus dem VIII. Hauptstücke (§§. 78—84) des Entwurfes geht hervor, daß es dem Staatsanwalt obliege, theils durch die Untersuchungsrichter, theils durch die Sicherheitsbehörde Vorerhebungen pflegen zu lassen, deren Zweck eben der ist, feste Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage, ob eine gerichtliche Verfolgung einer bestimmten Per-

---

Rechnet man hiezu die Fälle der Ablassung von der Untersuchung

1856 mit	5.820	
1857 „	5.300	
1858 „	7.450	
Zusammen mit	18.570	
so sind von jenen	433.421	Untersuchungen nicht
nicht weniger als	242.993	resultatlos geblieben,
und nur in	190.428	Fällen gab die gericht-

liche Untersuchung ein die Fortsetzung des Verfahrens rechtfertigendes Resultat.

son stattzufinden habe, sowohl für ihn selbst, als auch für das Gericht zu gewinnen. Es ist hiemit die Bestimmung des §. 34 des Entwurfes in Zusammenhang zu bringen, nach welchem die Staatsanwälte befugt sind, sich in unmittelbare Verbindung mit Sicherheits- und anderen Staats- oder Gemeindebehörden zu setzen und deren Unterstützung in Anspruch zu nehmen, während den Sicherheitsbehörden und deren untergeordneten Organen aufgetragen ist, ihren Anordnungen Folge zu leisten.

Durch diese Bestimmungen ist dem Staatsanwalt die Benützung und Leitung der gerichtlichen Polizei zum Zweck von Vorerhebungen zur Pflicht gemacht und somit bewirkt, daß einerseits die Sicherheitspolizei bei ihren Amtshandlungen durch einen sachkundigen Beamten in Bewegung gesetzt und überwacht wird, andererseits dem eigentlichen Criminalproceß ein Stadium vorausgehen kann, welches der behutsamen mit Schonung der Ehre und der Rechte des etwa Verdächtigten vorgenommenen Nachforschung gewidmet ist, und in Wahrheit dasjenige darstellen soll, was die Generalinquisition ihrer ursprünglichen Idee nach sein sollte, aber eben deshalb niemals sein konnte, weil sie eine Procedur des von Amtswegen inquirenden Richters war.

Zieht man nun den Einfluß in Betracht, welchen die im Entwurf eingeführte Einrichtung gerichtspolizeilicher Vorerhebungen unter dem Einfluß der Staatsanwaltschaft üben muß, so ist zunächst klar, daß eine beträchtliche Beschränkung der gerichtlichen Voruntersuchung daraus erwachsen muß, nicht blos deßhalb, weil oft Voruntersuchungen welche nach dem Gesetz von 1853 und selbst nach dem von 1850 zu führen gewesen wären, künftighin entfallen werden, sondern auch weil jene Voruntersuchungen, welche auf Grund der polizeilichen Vorerhebungen eingeleitet werden, später beginnen, sicherer und rascher weiter geführt werden können. Außerdem aber bietet die Einrichtung noch andere wesentliche Vortheile:

a) Das Recht und die Pflicht der Staatsanwaltschaft, die Einleitung der Voruntersuchung zu beantragen, hat erst jetzt eine wahre Bedeutung, wo dieser Antrag nicht leicht mehr als eine inhaltlose Formel erscheint, deren Einfluß selbst Derjenige nicht zu bestimmen vermag, der sie ausspricht.

b) Die persönliche Freiheit gewinnt nicht wenig dadurch, daß der Moment, in welchem der Staatsanwalt die Einleitung der Unter-

suchung beantragen muß, hinausgeschoben wird; denn die polizeilichen Vorerhebungen müssen in einer der persönlichen Freiheit durchaus unnachtheiligen Weise geführt werden; in dem Augenblick, wo der Angeschuldigte in Verhaft genommen werden soll, ist die Wirksamkeit der gerichtlichen Polizei auf einen Termin von 48 Stunden eingeschränkt. Am Ende dieses Termines muß der Angeschuldigte vor den Untersuchungsrichter gestellt werden, und von diesem Augenblick an liegt das weitere Verfahren in den Händen des Gerichts. Je vortheilhafter sich die polizeilichen Vorerhebungen erweisen, desto weniger wird man sich ohne Noth zu Schritten entschließen, welche ihnen ein Ende machen müssen.

Besser als positive gesetzliche Bestimmungen wird daher diese Einrichtung dafür sorgen, daß, wie in England, die Gerichtspolizei in der Stille ihre Nachforschungen anstellt, die Verdachtsgründe erprobt, ehe sie der Person des Angeschuldigten zu nahe tritt.

So wird es denn auch möglich sein, die Collusionshaft entweder ganz zu ersparen, oder doch ihren Zweck in wenigen Tagen zu erschöpfen.

Es ist daher nur noch die Frage zu erörtern, ob nicht diese wesentlich unter der Leitung des Staatsanwalts stehenden Vorerhebungen die Rechtssicherheit der Angeschuldigten dadurch gefährden, daß sie das Beweismaterial dem Einfluß des öffentlichen Anklägers allzusehr aussetzen. Allein es ist zunächst zu bemerken, daß die polizeiliche Vernehmung der Personen, welche über die strafbare Handlung Auskunft zu geben vermögen, in der Regel ein in der Hauptverhandlung zu benützendes Beweismittel nicht ergeben wird, weil nach §. 240 des Entwurfes die Vorlesung von solchen Protokollen in der Hauptverhandlung an genau festgestellte Bedingungen gebunden ist. Handelt es sich um einen Augenschein oder eine Haussuchung, so verlangt der Entwurf (§. 82):

1. daß alle für gerichtliche Acte dieser Art vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden;
2. daß die über solche Acte aufgenommenen Protokolle, wenn sie als Beweismittel benützt werden sollen, unverweilt dem Untersuchungsrichter mitgetheilt werden.

Die Wirksamkeit der polizeilichen Vorerhebungen wird indeß nur eine sehr beschränkte sein können, da nur an wenigen Orten landes-

fürstliche Polizeibehörden sich befinden, die Gemeindepolizei aber nicht überall sich wirksam erweisen wird, auch schon durch die nothwendige Beschränkung auf das Gebiet der Gemeinde gehemmt ist.

Es war daher schon aus diesem Grunde und mit Rücksicht auf die nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 gemachten Erfahrungen nothwendig, auch durch die Gerichte Vorerhebungen pflegen zu lassen. Auf dem flachen Lande gelangt weitaus die Mehrzahl der Anzeigen an das Bezirksgericht; dieses hatte sich nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 auf die Entgegennahme und Beförderung der Anzeige zu beschränken, und höchstens noch jene Untersuchungshandlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten. Der Untersuchungsrichter mußte in sehr vielen Fällen sodann das Bezirksgericht um die Vornahme der weiter nöthigen Untersuchungshandlungen ersuchen. Das Ergebniß davon war, daß ein ganz unnöthiger Schriftenwechsel geführt ward, daß die beste und günstigste Zeit für die Untersuchung verloren ging und daß die Bezirksgerichte die im Requisitionswege ihnen auferlegten Geschäfte als ihnen fremd ansahen und eben darum nicht sehr eifrig betrieben. Dazu kam dann ein weiterer empfindlicher Uebelstand; der Bezirksrichter hatte gleich den Polizeibeamten nur das Recht, den Angeschuldigten zum Zwecke der Vorführung vor den Untersuchungsrichter in vorläufige Verwahrung zu nehmen. Da diese Vorführung binnen 48 Stunden erfolgen mußte, so konnte weder von einer sorgfältigeren Erhebung Seitens des Bezirksrichters, noch vom Abwarten der Erklärung des Staatsanwaltes die Rede sein; es war dazu übrigens auch kein gesetzlicher Anhaltspunkt geboten. In vielen Fällen mußte daher dem Angeschuldigten die harte Maßregel der Ablieferung in das Untersuchungsgefängniß auferlegt werden, obgleich sich später vielleicht zeigte, daß sie ihm erspart werden konnte.

War demnach schon Angesichts der Gerichtsorganisation von 1849 und 1850 eine Abänderung der bezüglichen Bestimmungen der Strafproceß-Ordnung von 1858 nothwendig: so war eine solche von dem Augenblicke an ganz unvermeidlich geworden, wo man sich entschloß, die Bezirks-Collegialgerichte fallen zu lassen, bei jedem Bezirksgerichte einen Untersuchungsrichter aufzustellen, und diesem alle Voruntersuchungen zuzuweisen, welche nicht ein mit mehr als fünfjährigem Kerker bedrohtes Verbrechen zum Gegenstande haben, und hinsichtlich welcher weder der Staatsanwalt noch der Angeschuldigte verlangt, daß

sie der Untersuchungsrichter am Landesgerichte an sich ziehe. Bei dieser Einrichtung waren zwar die früher erwähnten Uebelstände leicht zu vermeiden; allein es zeigten sich andererseits ernstliche Bedenken, deren Beseitigung versucht werden mußte. Es war nämlich

a) zu besorgen, daß entweder die Initiative der Staatsanwaltschaft bei der großen Entfernung zwischen dem Amtssitze des Staatsanwalts und demjenigen der meisten Untersuchungsrichter wesentlich geschmälert oder der Erfolg der Untersuchung durch Verzögerung arg gefährdet werden müßte;

b) kann man zwar, zumal wenn auch bei den Bezirksgerichten eigene Untersuchungsrichter bestellt werden, diesen die Führung der meisten Untersuchungen mit Vertrauen überlassen; allein es können doch einzelne Untersuchungen so schwieriger Art sein, daß deren Erfolg wesentlich durch die Geschicklichkeit desjenigen bedingt ist, welcher die ersten Untersuchungshandlungen vornimmt, namentlich aber von der Beschaffenheit der dabei einschreitenden Sachverständigen abhängt.

Der Entwurf benützt nun die Einrichtung der Vorerhebungen auch zur Beseitigung dieser Bedenken. Während er nämlich streng daran festhält, daß die Voruntersuchung nur auf Antrag des Staatsanwaltes eingeleitet werden dürfe, legt er den Untersuchungsrichtern bei den Bezirksgerichten die Verpflichtung auf, die zu ihrer Kenntniß kommenden strafbaren Handlungen zwar dem Staatsanwalte anzuzeigen, zugleich aber, und ohne die Verfügung des letzteren abzuwarten, die Vorerhebungen vorzunehmen. Doch haben sie Untersuchungshandlungen, durch welche die Spuren der strafbaren Handlungen verwischt und einer wiederholten Besichtigung entzogen werden könnten, nur dann vorzunehmen, wenn Gefahr am Verzuge haftet; außerdem haben sie in der an den Staatsanwalt zu erstattenden Anzeige auf die Nothwendigkeit einer solchen Untersuchungshandlung aufmerksam zu machen und dafür zu sorgen, daß die Spur des Verbrechens bis zum Einlangen des Untersuchungsrichters am Landesgerichte oder der Anträge des Staatsanwalts erhalten werden (§. 83, Abs. 1 u. 2 des Entw.).

Durch diese Einrichtung ist also beiden früher erwähnten Bedenken Rechnung getragen. Schon die an den Staatsanwalt gelangte Anzeige setzt diesen in die Lage, entweder dem Verfahren ein Ende zu machen, indem er erklärt, keinen Grund zur Verfolgung zu finden, oder den

Untersuchungsrichter am Landesgerichte mit den Vorerhebungen, geeignetenfalls auch sofort mit der Voruntersuchung, zu befassen, und sich mit ersterem, sowie mit den Sachverständigen sofort an Ort und Stelle zu begeben. Liegt jedoch kein Anlaß zu einer dieser Maßregeln vor, so läßt der Staatsanwalt den Untersuchungsrichter am Bezirksgericht, ohne daß es (außer dem früher berührten Ausnahmsfalle) auch nur eines Antrages seinerseits bedarf, die Vorerhebungen fortführen, und befindet sich dann, bei Einsendung der über letztere geführten Acten in der Lage, gründlich beurtheilen zu können, ob er einen Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung stellen müsse, und ob es nothwendig oder zweckmäßiger sei, mit dieser Voruntersuchung den Untersuchungsrichter am Landesgerichte zu befassen, oder etwa auch die Delegirung eines anderen Bezirksgerichtes zu beantragen. (§. 59 Abs. 1 des Entw.).

Allerdings war es nicht möglich, zwischen den Vorerhebungen und der Voruntersuchung eine sachlich bestimmte Grenzlinie zu ziehen, und mußte man sich mit der sehr bestimmten formellen Abgrenzung begnügen, welche durch die Anordnung der §§. 86 und 87 des Entwurfes hergestellt wird.

Es kann daher wohl geschehen, daß einzelne Untersuchungsrichter den Vorerhebungen eine über deren Zweck (Vorbereitung des Antrages auf Einleitung der Voruntersuchung gegen eine bestimmte Person wegen einer bestimmten Handlung) weit hinausgehende Ausdehnung geben.

Allein es kann dadurch kein Interesse gefährdet werden; die Sache kann nicht darunter leiden, weil das bei den Vorerhebungen von einem Richter Vollbrachte immerhin die Arbeit der Voruntersuchung vermindert; die Staatsanwaltschaft wird nicht beeinträchtigt, weil ihr, den Ergebnissen der Vorerhebungen gegenüber, die volle Freiheit der Entschließung gewahrt ist; der Angeschuldigte endlich kann in der Regel nur dabei gewinnen, wenn der Einleitung der Untersuchung gründliche Erhebungen vorausgehen.

Nur für den Fall, wo der Angeschuldigte verhaftet ist, mußte besondere Vorsorge gegen die allzugroße Ausdehnung auch der gerichtlichen Vorerhebungen getroffen werden. Es ist daher dem Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte die Verpflichtung auferlegt, längstens binnen acht Tagen nach der Verhaftung die Acten der Vorerhebungen dem Staatsanwalte vorzulegen, welcher längstens binnen drei Tagen den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen oder seine Anträge hinsichtlich

der Person und des Verfahrens bei der Rathskammer anzubringen hat. (§. 83, Abs. 3). Es ist damit erreicht, einerseits, daß der Untersuchungsrichter einen Grund hat, darnach zu streben, die Vorerhebungen binnen acht Tagen zu beendigen, andererseits aber, daß die Rathskammer zu beurtheilen hat, ob eine weitere Verlängerung der Haft des Angeschuldigten und der Vorerhebungen zu rechtfertigen sei.

III.

Eine andere Neuerung, welche der Entwurf enthält, ist zwar nicht ausschließlich aus der Rücksicht auf Vereinfachung der Voruntersuchung hervorgegangen, allein sie wird sich auch in dieser Beziehung wirksam erweisen und das ihrige dazu beitragen, zwischen Voruntersuchung und Hauptverhandlung ein richtigeres Verhältniß herzustellen, und erstere auf das Unentbehrliche zu beschränken. Mit dem strafrechtlichen Grundsatze, nach welchem für alle bis zur Schöpfung des Urtheiles begangenen strafbaren Handlungen einer und derselben Person nur eine Strafe auszusprechen sei, welche sich innerhalb der Grenze des auf die schwerste dieser Handlungen entfallenden Strafsatzes zu halten hat, steht die Gesetzgebung Oesterreichs gegenwärtig ohnehin fast vereinsamt da; ja sie selbst hat sich genöthigt gesehen, von der unbedingten Beobachtung jener Regel abzugehen (§. 35, Abs. 2, und §. 267, Abs. 2 St. G.)

Dennoch hat jener Grundsatz auf dem Gebiete des Strafverfahrens einen sehr beachtenswerthen und, wie man bei genauerer Betrachtung zugeben muß, einen sehr bedenklichen Einfluß geübt.

Man hat ihn nämlich so angewendet, daß die Strafe für concurrirende Verbrechen desselben Individuums nicht blos unter allen Umständen innerhalb der oben bezeichneten Grenzen bleiben müsse, sondern daß sie auch nur durch ein Urtheil, daher auch nur auf Grund eines einheitlich geführten Processes von einem und demselben Gerichte verhängt werden könne, und daß eine vor dem Urtheil begangene und in demselben nicht mit berücksichtigte strafbare Handlung, wenn überhaupt, nur im Wege der Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Rechenschaft gezogen werden könne.

Da man überdieß grundsätzlich auch daran festhält, daß alle an einer strafbaren Handlung betheiligten Personen in einem Proceß,

von einem Richter abgeurtheilt werden sollen: so mußte es natürlich dahin kommen, daß in sehr vielen Fällen vermöge dieser objectiven und subjectiven Connexität die verschiedenartigsten Anklagesachen mit einander in Verbindung und zwar in untrennbare Verbindung gebracht wurden, und daß nicht selten Processe dieser Art einen erschreckenden Umfang annahmen, welcher dem gesammten Geschäftsgang einen schwerfälligen und in hohem Grade belästigenden Charakter geben muß.

Die hieraus erwachsenden Nachtheile sind an sich schon von der wesentlichsten Bedeutung. Zunächst steht die ganze Art des Vorganges in entschiedenem Widerspruch mit dem Grundgedanken der Mündlichkeit, im engsten Zusammenhange mit der Schriftlichkeit des älteren Processes. Mit letzterer verträgt es sich nicht nur, sondern es ist fast nothwendig, daß ein und derselbe Actenstoß alle zusammenhängenden Gegenstände umfasse; muß schon Alles geschrieben werden, so ist von einer solchen Vereinigung nur die Ersparung von Wiederholungen, nur ein Gewinn zu erwarten; während es bei gründlicher und geschickter Benützung der Acten demjenigen, der sich Zeit nehmen kann, immer möglich ist, auch das massenhafteste Materiale zu übersehen. Der mündliche Proceß dagegen, wenn er eine Wahrheit sein soll, wenn er zu einem auf Geschehenem und Gehörtem, nicht auf den Acten, beruhenden Urtheil führen soll, verlangt, daß das Material so viel als möglich vereinfacht und geordnet werde, damit jeder Betheiligte im Stande sei, es im Gedächtniß zu verwahren und zu übersehen; er verlangt aber auch, daß dem Gedächtniß seine Last so bald als möglich wieder abgenommen werde, also daß das Urtheil erfolge, ehe fremde Gegenstände sich dazwischen drängen. Solche Anforderungen sind aber doppelt wichtig, wenn es sich nicht um geübte Richter, sondern um Geschworne handelt, denen überdies die ungeheure Anstrengung nicht zuzumuthen ist, welche den an der Verhandlung und Entscheidung sogenannter Monstre-Processe Betheiligten nicht erspart werden kann.

Aber nicht blos diese äußeren, sondern auch innere Gründe sprechen gegen die unbegrenzte Vereinigung connexer Sachen. Sie ist es vorzüglich, die aus der Untersuchung wegen einer bestimmten Sache eine Untersuchung gegen die Person macht, bei schwereren wie bei leichteren Verbrechen gleichmäßig eine genaue Untersuchung des Vorlebens des Angeschuldigten auferlegt, und dem Letzteren die Vertheidigung wesentlich erschwert. Aus diesen Gründen hält man in England durchaus an

der Regel fest, daß es unzulässig sei, in einer und derselben Anklage mehrere Verbrechen zusammenzufassen[3]).

So weit zu gehen, schien nun freilich weder nothwendig, noch rathsam, weil es unmöglich nützlich sein kann, von einem Aeußersten zu dessen unvermitteltem Gegensatz überzuspringen, während andererseits die absolute Sonderung connexer Sachen ebenfalls leicht erkennbare Nachtheile mit sich bringt. Der Entwurf hat daher an dem Grundsatz, welcher der bisherigen Gesetzgebung zu Grunde lag, festgehalten, aber zugleich dafür gesorgt, daß die Sonderung connexer Sachen, soferne dieselbe durch ein processualisches Interesse geboten scheint, möglich sei. (§§, 52, 53 und 54, §. 203 Abs. 2.)

Schon durch die Gewährung dieser Möglichkeit ist ein wirksames Mittel gegen viele bisher oft empfundene Uebelstände geboten. Zunächst wird es sich jetzt vermeiden lassen, daß durch die zufällige, vielleicht ganz untergeordnete Betheiligung eines einzelnen Angeschuldigten an zwei von Mehreren begangenen strafbaren Handlungen eine ganze Reihenfolge der verschiedenartigsten Delicte in eine Verhandlung zusammengedrängt wird. Namentlich wird es nicht mehr ein unvermeidliches Uebel sein, daß einzelne einer raschen und darum wirksamen Erledigung fähige Strafsachen so lange hinausgezogen werden, bis die Vorfälle halb vergessen sind, und einerseits keine verläßliche Auskunft mehr zu erlangen ist, andererseits das endlich ergehende Urtheil den moralischen Eindruck nicht mehr hervorbringt, auf den man früher hätte rechnen können. Es wird ferner zu vermeiden sein, daß ein Ueberwiesener oder geständiger Angeschuldigter durch längere Zeit in Haft gehalten wird, weil die Sache eines Mitbeschuldigten nicht spruchreif ist. — Nicht selten verweigert gegenwärtig der Angeschuldigte das Geständniß einer minder schwer zu strafenden Handlung nur deshalb, weil er mit Grund besorgt, es könnte jenes Geständniß auch seine Ueberführung wegen des schwereren Verbrechens erleichtern. Ist aber die schwere Anklage einmal

---

[3]) „Nach englischem Recht kann, wo es sich um Verbrechen handelt, nur ein Delict in einer Anklageschrift vorgebracht werden, d. h. zwei Anklagen können nicht gleichzeitig in Verhandlung gezogen werden, und es ist dies bei schweren, vielleicht an's Leben gehenden Beschuldigungen eine eben so weise als milde Vorsichtsmaßregel. Die Aufmerksamkeit des Angeklagten soll durch die Vielheit der Anklagen nicht getheilt, die Meinung der Geschworenen durch die Erwähnung so vieler vermeintlicher Delicte nicht beeinflußt werden.“ Edinburgh Review July 1842, p. 365, 373.) Vrgl. Mittermaier, Englisches Strafverfahren, S. 342, 343. Wharton Criminal Law of the United States (Phil. 1852), p. 149 s.

erledigt, so läßt er sich eher dazu herbei, durch ein Geständniß jede weitere Anstrengung der Strafbehörden überflüssig zu machen. Umgekehrt muß jetzt — fast nach der Analogie der im Civilproceß geltenden Eventualmaxime — jede strafbare Handlung des Angeschuldigten verfolgt und zur Hauptverhandlung gebracht werden, obgleich zu erwarten ist, daß im Falle der Verurtheilung wegen eines der zusammentreffenden Delicte, die übrigen bei der Strafbemessung fast ohne Einfluß bleiben könnten. Denn in der Ungewißheit darüber, ob jene Verurtheilung wirklich erfolgen werde, darf man gegenwärtig keine übergehen, weil sonst möglicherweise der Angeschuldigte ganz straflos ausgehen könnte. In anderen Fällen wieder muß nur darum hinsichtlich einer der zusammentreffenden strafbaren Handlungen eine mühsame und langwierige Voruntersuchung geführt werden, weil alle Personen, welche gerade über diese Sache Auskunft zu geben haben, von dem Orte, wo die Hauptverhandlung abgehalten wird, zu weit entfernt sind, um bei derselben erscheinen zu können, während durch eine Delegirung nicht geholfen werden könnte, weil die anderen Strafsachen allerdings am besten von dem nach dem Gesetze zur Verhandlung berufenen Gerichte erledigt werden können. Allen diesen Uebelständen wird nun dadurch abgeholfen, daß der Entwurf die abgesonderte Verhandlung einzelner unter den zusammentreffenden Strafsachen und die Abgabe derselben an jenes Gericht, welches abgesehen vom Zusammentreffen zuständig gewesen wäre, gestattet.

Es waren indeß andererseits auch sehr wichtige Bedenken zu erwägen, welche sich der Neuerung entgegen zu stellen schienen. Es schien die Einrichtung:

1. mit den bereits erwähnten Grundsätzen unseres Strafrechtes über die Behandlung der Concurrenz strafbarer Handlungen nicht vereinbar; und
2. die Gefahr mit sich zu bringen, daß auf willkürliche Weise der Angeschuldigte längere Zeit hindurch unter der Wucht mehrerer Anklagen gehalten werden, und für ihn eine chikanöse Verlängerung des immer peinlichen Anschuldigungszustandes, vielleicht auch selbst der Untersuchungshaft erwachsen könnte.

Zu 1. Was das erste Bedenken betrifft, so konnte es schon um deßwillen nicht maßgebend sein, weil auch die bisherigen Gesetze den Fall vorsehen mußten, daß nicht für alle zusammentreffenden straf-

baren Handlungen in einem Urtheil die Strafe bemessen werden kann. Auch nach §. 376 der Strafproceß-Ordnung von 1853 hat der Richter die Verpflichtung, die Strafe für eine später zur Verhandlung gelangende Handlung unter Berücksichtigung der dem Schuldigen durch ein früheres Erkenntniß auferlegten Strafe so zu bemessen, daß das für das schwerere Verbrechen bestimmte höchste Strafmaß nicht überschritten wird. Dasselbe war nicht blos nach §. 400 der Strafproceß-Ordnung von 1850, sondern auch nach §. 302 und wohl auch nach §. 367 dieses Gesetzes der Fall.

Allerdings ist es richtig, daß Fälle dieser Art selten eintreten, während die analoge Bestimmung des §. 253 Entw. wohl häufiger zur Anwendung kommen würde. Allein es kann sich doch eben nur um die Möglichkeit der Ausführung dieser Bestimmung handeln; ist es einmal als möglich anerkannt, unbeschadet des §. 34 des Strafgesetzes zwei Erkenntnisse über concurrirende Delicte zuzulassen, so kann es wohl gleichgiltig sein, ob die Aufgabe öfter oder seltener gestellt wird. Und in der That steht nicht das geringste Bedenken entgegen, einem Gericht, welches die Persönlichkeit des Angeklagten aus eigener Anschauung, die Handlung aber, nach welcher er früher verurtheilt wurde, nicht blos in allen Einzelnheiten aus dem Urtheile kennt, sondern in der früher ausgesprochenen Strafe einen ganz festen Anhaltspunkt hat, die neue Strafbemessung zu überlassen. In Oesterreich ist es nicht einmal nöthig, ein besonderes Verfahren für die Vereinigung der verschiedenen Strafen anzuordnen, wie es in Hannover (§. 235), Oldenburg (Art. 473), Königreich Sachsen (Art. 421) stattfindet, weil es bei der Einfachheit des Strafensystems und bei der deutlichen Anerkennung des Grundsatzes, daß der strengste Straffatz nie überschritten werden darf, keine materiellen Schwierigkeiten haben kann, dem früheren Ausspruch einen neuen hinzuzufügen. Es wird in der Regel vollkommen genügen, daß das spätere Urtheil laute: „Der Angeklagte werde zu einer Strafe von .... verurtheilt, welche er sofort nach Ausstehung der durch das frühere Urtheil auferlegten Strafe anzutreten habe" — oder: „er werde mit Rücksicht auf die ihm durch Urtheil ...... bereits auferlegte Strafe zu einer weiteren Strafe nicht verurtheilt." — Nur dann, wenn die später zur Aburtheilung gelangende strafbare Handlung mit einer dem Grade nach noch schwereren Strafe bedroht ist, wird es vielleicht wünschenswerth sein, die früher zuerkannte und die neu auferlegte Strafe in

einen Strafausspruch auch formell zusammenzufassen; aber auch dies wird leicht ausführbar sein.

Dagegen mußte die bisherige Auffassung, nach welcher bei der nachträglichen Entdeckung einer vor dem Urtheil begangenen strafbaren Handlung eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens nöthig war, ausgeschlossen werden (§. 354, Z. 3 des Entwurfes).

Eine Ausnahme wird nur dann eintreten, wenn durch die neu entdeckte strafbare Handlung der strafrechtliche Charakter eines bereits abgeurtheilten Delictes sich ändert (vgl. §. 346 des Entw.).

Zu 2. Was das zweite oben erwähnte Bedenken betrifft, so wird eine aufmerksame Betrachtung des Entwurfes zeigen, daß demselben sorgfältig Rechnung getragen sei. Der Entwurf geht nämlich von dem Grundgedanken aus, daß die Voruntersuchung immer eine einheitliche bleiben solle, und die Ausscheidung einer Strafsache nur dadurch bewirkt werde, daß die Versetzung in Anklagestand oder die Hauptverhandlung hinsichtlich derselben früher stattfindet. Die spruchreif gewordene Sache kann aus dem Zusammenhang gelöst und zur Entscheidung gebracht werden; inzwischen aber bleibt der Untersuchungsrichter mit den anderen Anschuldigungspunkten befaßt und hat die Voruntersuchung ungesäumt fortzusetzen und zu Ende zu bringen.

Die Untersuchungsacten bilden in Oesterreich kein einheitliches Convolut; bei einiger Voraussicht wird es also leicht sein, sie so anzulegen, daß die Untersuchung ihren Fortgang nehmen kann, während über einen Anschuldigungspunkt schon die Hauptverhandlung stattfindet. Selbst wenn hier und da ein Protokoll sich auf mehrere Punkte bezieht, und es also nothwendig sein sollte, einen Auszug oder eine Abschrift davon zurückzuhalten, wird dieser geringe Aufwand an Arbeit durch die große Vereinfachung des Geschäftsganges, zu der er dient, wohl vergolten. Durch die Bestimmung des §. 53 ist demnach vollkommen dafür gesorgt, daß der Angeschuldigte nicht durch die abgesonderte Verfolgung einzelner Strafsachen in Nachtheil komme. Erhebt nämlich der Staatsanwalt die Anklage vor dem Schluß der gemeinsamen Voruntersuchung, so hat er zu erklären, ob er die Fortsetzung der letzteren hinsichtlich jener Anschuldigungspunkte, auf welche sich die Untersuchung, aber nicht die Anklage erstreckt, sich vorbehalte, und zwar bei sonstiger Ausschließung weiterer Verfolgung. Macht er diesen Vorbehalt, so ist dadurch für den Untersuchungsrichter die Verpflichtung begründet, die Voruntersuchung

hinsichtlich der in der Anklage nicht berührten Gegenstände zum Abschluß zu bringen, worauf der Staatsanwalt innerhalb der gesetzlichen Frist, wie bei jeder anderen geschlossenen Voruntersuchung, vorzugehen hat.

Aus diesen Gründen gestattet der Entwurf auch nicht, daß die Voruntersuchung hinsichtlich einzelner derselben Person zur Last liegenden strafbaren Handlungen einem anderen Gerichte zugewiesen werde, als dem für alle connexen Sachen zuständigen. Es kann dies nach §. 54 nur hinsichtlich des der Voruntersuchung nachfolgenden Verfahrens geschehen. Nur in einem Falle läßt der Entwurf eine Ausnahme zu. Es kann vorkommen, daß an dem Orte A. eine Reihe von Verbrechen begangen wurde, und daß in die Untersuchung eine Person verwickelt ist, welche in gleicher Weise im Orte B. an einer complicirten Untersuchung betheiligt ist. Dadurch aber würden diese beiden Complexe von Strafsachen an einander gekettet und müßte, wenn z. B. das Gericht zu B. zuvorgekommen wäre, dort über eine Reihe von Strafsachen verhandelt werden, welche viel einfacher in A. erledigt werden könnten. Aus diesem Grunde gestattet §. 55 des Entwurfes, daß hinsichtlich einzelner Angeschuldigter auch schon die Voruntersuchung ausgeschieden und jenem Gerichte überlassen werde, welches abgesehen vom Zusammentreffen mit anderen Strafsachen zuständig gewesen wäre. Gesetzt, es wäre eine Untersuchung gegen eine Diebsbande in Prag anhängig, und ein Glied dieser Bande wäre zugleich an einem in Wien in Gemeinschaft mit Anderen verübten Diebstahle betheiligt; so ist es keineswegs nothwendig, daß die Wiener Untersuchung nach Prag gezogen werde, oder umgekehrt, sondern es wird z. B. das Gericht in Wien, wenn es wegen der Connexität zuständig ist, die Ausscheidung jener Strafsache dieses einen Angeschuldigten, welche die Connexität begründet, aussprechen, über die zurückbehaltene, an sich schon nach Wien gehörige Strafsache aburtheilen, und sodann den Angeschuldigten nach Prag abliefern.

Uebrigens muß noch darauf hingewiesen werden, daß:

a) die Gründe, um derentwillen die Ausscheidung einzelner Strafsachen stattfinden kann, im §. 53 aufgezählt sind;

b) daß der Angeschuldigte sich der Ausscheidung widersetzen und eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen kann, wenn ihm die Maßregel vexatorisch scheint (§§. 110 und 203, Absatz 2);

c) daß endlich auch das Gericht sowohl von Amtswegen, als auf Antrag des Angeschuldigten die Trennung connexer Strafsachen aussprechen kann.

Es war unvermeidlich, in Vorstehendem die Maßregel in ihrem ganzen Zusammenhange darzustellen, ehe es möglich war, von dem Einfluß zu sprechen, den sie auf die Vereinfachung der Voruntersuchung üben muß.

Nunmehr wird derselbe durch wenige Worte zu bezeichnen sein:

1. Es wird jetzt nicht mehr so nothwendig sein, mit gleicher Aengstlichkeit wie bisher das Vorleben des Angeschuldigten zu durchforschen; damit aber entfällt bekanntlich eine der Hauptursachen der Verzögerung von Untersuchungen.

2. Aus den früher angegebenen Gründen werden manche Sachen ganz wegfallen, welche bisher aus bloßer Vorsicht erhoben und zur Hauptverhandlung gebracht werden mußten.

3. Die Entfernung des Untersuchungsrichters von dem Orte, wo eine der zusammentreffenden strafbaren Handlungen verübt wurde, macht es oft unmöglich, die Zeugen zur Hauptverhandlung zu laden. In solchen Fällen müßten also die Untersuchungsacten ganz besonders vollständig und gründlich sein, weil sie das einzige Material der Hauptverhandlung bilden, während sie doch gerade hier nur im Requisitionswege, d. h. sehr langsam, zu Stande kommen. Nach dem Entwurf wird aber die Möglichkeit geboten sein, eine wahrhaft mündliche Verhandlung beim Gerichte des Thatortes herbeiführen, und die Voruntersuchung braucht daher nicht umständlicher zu sein, als sonst.

IV.

Endlich sind noch einige Bestimmungen des Entwurfes zu erwähnen, deren Zweck es ist, für die Vereinfachung des Processes zu sorgen, namentlich aber dafür daß die Voruntersuchung immer als eine solche, d. h. als bloße Vorbereitung der Hauptverhandlung, angesehen werde, daß also die Beweisaufnahme in der Voruntersuchung sich auf die Hauptpunkte beschränken, der eigentlichen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung das Eingehen auf die Einzelheiten vorbehalten könne.

1. Wesentlich trägt zur Vereinfachung die Bestimmung des §. 103 d. Entw. bei, nach welcher die Voruntersuchung durch Verfügung des Untersuchungsrichters eingestellt wird, sobald es der Staatsanwalt

beantragt. In der Regel kann man annehmen, daß gerade in solchen Fällen jede weitere Berathung überflüssig, und der Vortrag vor einem Collegium eine große Formalität sei. Bei der großen Zahl solcher Fälle gewährt aber der Wegfall der Formalität eine wesentliche Erleichterung.

2. Der letzte Satz des §. 105 d. Entw. enthält eine bestimmte Weisung für den Untersuchungsrichter im oben bezeichneten Sinne. Ebenso ist nach §. 110, Absatz 4, dafür gesorgt, daß die Ergreifung von Rechtsmitteln in der Voruntersuchung nicht zum Anlaß genommen werde, die Voruntersuchung inzwischen ruhen zu lassen.

3. Nach §. 98 d. Entw. sind in die Verhörsprotokolle die Fragen nur soweit aufzunehmen, als es zum Verständniß der Antwort (oder zur Constatirung des Ganges der Vernehmung im Falle von Suggestivfragen u. s. w., §§. 160 und 190) erforderlich ist. Die Antworten sind in der Regel blos ihrem wesentlichen Inhalte nach erzählungsweise aufzunehmen. Nur wo es für die Beurtheilung der Sache wichtig, oder wo zu erwarten ist, daß die Vorlesung des Protokolles in der Hauptverhandlung erforderlich sein werde, ist der Vernommene, unter Beibehaltung seiner eigenen Ausdrücke, redend einzuführen. Diese Bestimmung dürfte bewirken, daß das Protokoll, wenn nicht etwa zu besorgen ist, daß der Deponent nicht bei der Hauptverhandlung erscheint, nur die Zusammenfassung der Ergebnisse der Vernehmung, nicht die Geschichte der Untersuchung biete.

4. Damit hängt eine Reihe von Bestimmungen zusammen, welche dafür sorgen, daß die Mündlichkeit in der Hauptverhandlung nicht ohne Noth umgangen werde.

Diese Bestimmungen sind:

a) schon bei der Verhandlung über die Versetzung in Anklagestand sind Ankläger und Angeschuldigte in der Lage, ihre Anträge und Gegenanträge bezüglich der Vorladung von Zeugen und Sachverständigen dem Gerichte vorzulegen. (§. 196, vorl. Absatz, §. 203.) Ungeachtet dessen steht es auch später noch den Parteien frei, die ihnen dienlich scheinenden Anträge zu stellen und nöthigenfalls in der Hauptverhandlung selbst zu wiederholen; die ungerechtfertigte Zurückweisung eines solchen in der Hauptverhandlung gestellten Antrages bildet einen Nichtigkeitsgrund. (§§. 210, 213, 268, Z. 4.)

b) §. 240 d. Entw. bestimmt sorgfältiger als bisher, in welchen Fällen die Verlesung eines Protokolles in der Hauptverhandlung stattfinden könne.

c) Eine wesentliche Abweichung vom ordentlichen Verfahren fand bisher in jenen Fällen statt, wo Personen aus dem Militärstande zu vernehmen waren. Hier erfolgte bis jetzt die Vorladung zur Hauptverhandlung nur aus besonderen Gründen, während man sich in der Regel mit der Vorlesung des im Requisitionswege aufgenommenen Protokolles zu begnügen hatte; überdieß ist es durchaus dem Ermessen des Militärvorgesetzten anheimgestellt, ob der Zeuge vor dem Civilgerichte erscheinen solle oder nicht. Abgesehen nun von den inneren Bedenken, welche ein solcher Stand der Dinge erregen muß, trägt er, da sehr häufig Militärpersonen Auskünfte zu geben haben, wesentlich dazu bei, daß die Voruntersuchungen umständlicher geführt werden müssen, und längere Zeit in Anspruch nehmen. Der Entwurf geht nun zunächst davon aus, daß auf die Frage, ob der Zeuge persönlich zu vernehmen oder seine Aussage zu verlesen sei, der Umstand, daß derselbe der Militärgerichtsbarkeit untersteht, keinen Einfluß üben dürfe. Ferner mußte der Erwägung getragen werden, daß allerdings der Zeuge gerade zu der Zeit, wo die Hauptverhandlung stattfinden soll, im Dienste unentbehrlich sein könne, und daß hierüber nur der Militär-Vorgesetzte ein Urtheil habe. Allein dies ist auch der einzige stichhältige Grund, um dessentwillen dem Ansuchen des Gerichtes die Folge versagt werden kann, und dieser Grund kann nur eine Zeit lang Geltung haben. Erachtet daher der Vorsteher des Gerichtes das persönliche Erscheinen einer Militärperson für nothwendig, und kann diese nicht sofort im Dienste entbehrt werden, so hat deren Vorgesetzter ungesäumt den Zeitpunkt anzugeben, zu welchem auf deren persönliches Erscheinen zu rechnen ist (§. 211 E.). Eine Verweigerung kann daher nicht stattfinden.

5. Endlich ist hier noch der §§. 109 und 110 des Entwurfes zu erwähnen, welche die Rechtsmittel in der Voruntersuchung regeln. Die Voruntersuchung ist unbedingt unter die Aufsicht der Rathskammer (§. 12 des Entw.) gestellt; es muß also jederzeit möglich sein, einen Beschluß derselben herbeizuführen. Dagegen schien es weder gerecht, es bei der Entscheidung der Rathskammer unbedingt bewenden zu lassen,

noch zweckmäßig, in jedem Falle eine weitere Beschwerdeführung zu gestatten. Der Entwurf (§. 110) hebt daher nur jene Fälle hervor, in welchen ein wichtiges Interesse an die sofortige Entscheidung geknüpft ist (Haft, Sicherheitsleistung, Ausscheidung einzelner Strafsachen, Zuständigkeit), oder in welchen der Beschluß der Rathskammer eine endgiltige Entscheidung enthalten würde.

In der Regel geht die Beschwerde nur an's Oberlandesgericht; allein dies schien in jenen Fällen nicht zu genügen, wo es sich um ein schweres Verbrechen handelt, das Landesgericht aber die Einleitung der Voruntersuchung verweigert oder die Einstellung beschließt, und zwar aus bloßen Rechtsgründen. Hier schien es zum Gesammtsysteme des Entwurfes und der Strafproceßordnung von 1850 besser zu passen, die Entscheidung der Rechtsfrage, da sie ja eine definitive ist, dem Cassationshofe vorzubehalten.

C. Erleichterung der Lage des Angeschuldigten.

I.

Allen Wünschen und Bestrebungen um Reform des Strafverfahrens liegt die Ueberzeugung zu Grunde, daß es nothwendig sei, zwischen den Bedürfnissen der bürgerlichen Freiheit und denen der Strafrechtspflege ein richtigeres Verhältniß herzustellen. In einseitiger Berücksichtigung des öffentlichen Interesse an der Bestrafung der Verbrechen und in übertriebener Durchführung der hieraus abgeleiteten Folgerungen war man dahin gekommen, der Strafrechtspflege Eingriffe in die bürgerliche Freiheit zu gestatten, welche weit über das wirkliche Bedürfniß derselben hinausgingen, und in einzelnen Fällen Unschuldige härter treffen konnten, als die Strafe, welche doch dem Schuldigen allein zu Theil werden soll. Die neueren Strafproceßordnungen verfolgen daher alle gleichmäßig den Zweck, dem Angeschuldigten und den anderen durch einen Strafproceß berührten Personen einen erhöhten Schutz zu gewähren. Auch die Strafproceßordnung von 1850 hatte in dieser Hinsicht (wie ihre Grundlage es mit sich brachte) erhebliche Fortschritte bewirkt; allein es entspricht wohl durchaus der Eingangs angedeuteten Stellung des Entwurfes, wenn er eine Fortentwickelung auf der im Jahre 1850 gewonnenen Grundlage anstrebt.

Die wichtigste Verbesserung der Lage des Angeschuldigten liegt freilich in demjenigen, was ihm gegen eine unverdiente Verurtheilung schützt, d. h. in der ganzen Einrichtung des Processes. Ohne früher Gesagtes zu wiederholen, muß aber doch hier hervorgehoben werden, daß die Lage des Angeklagten in dem Maße eine bessere wird, als der Criminalproceß mehr und mehr zum accusatorischen Vorgang zurückkehrt; namentlich dürfte der Entwurf dem Angeschuldigten dadurch eine erhöhte Garantie geboten haben, daß er Niemand zwingt und daher auch Niemand gestattet, an den zur Verurtheilung eines Angeschuldigten hinführenden Maßregeln, blos der Form wegen, gegen seine eigene Ueberzeugung Theil zu nehmen, oder sich bei dem Gedanken zu beruhigen, daß den Schritt Andere zu verantworten haben. Es gilt dies namentlich vom Staatsanwalte, der in der Hauptverhandlung die von ihm selbst erhobene Anklage durchzuführen hat, und der es weiß, daß die Verurtheilung eines Unschuldigen eben sowohl von ihm als von den Richtern hätte verhindert werden können. Nicht minder ist überall auf mögliche Gleichstellung des Anklägers und Angeklagten, namentlich auch in Bezug auf die Ladung von Zeugen und Sachverständigen (§§. 203, 210, 213, 229, 249, 252, 268, Z. 4) Bedacht genommen. Hervorzuheben sind nachfolgende dem Angeschuldigten im Entwurfe gesicherte processualische Vortheile:

a) Der Entwurf trägt dafür Sorge, daß der Angeschuldigte, sobald er einmal als solcher vernommen wird, über seine Lage nicht im Unklaren bleiben könne. Der Untersuchungsrichter hat vor dem Beginne der Vernehmung dem Angeschuldigten zu erklären, daß er als solcher vor Gericht stehe (§. 159 d. Entw., Abs. 2). Das sogenannte Verhör inter reum et testem kann daher in Zukunft nur dann vorkommen, wenn in der That der Untersuchungsrichter noch gegen die vernommene Person keinen Verdacht hegt, und ein gegen sie gerichteter Antrag des Staatsanwalts nicht vorliegt. Allein auch in diesem Falle kann von der Aussage, die der Angeschuldigte in dieser Strafsache vor Gericht oder vor der Sicherheitsbehörde abgelegt hat, ohne daß ihm der auf ihm lastende Verdacht bekannt gegeben wurde, in der Hauptverhandlung — bei sonstiger Nichtigkeit — kein Gebrauch gegen ihn gemacht werden. (§. 233, Absatz 2.)

Auch in anderer Weise tritt der Entwurf dem Mißbrauche

entgegen, welcher — aus älteren Proceßeinrichtungen sich fortpflanzend — mit dem Verhöre des Angeschuldigten getrieben werden könnte. Vergleicht man die Bestimmungen der §§. 189—194 und 233 mit einander, so zeigt sich deutlich, welche Stellung in dieser Beziehung der Entwurf einnimmt. Er hält zunächst daran fest, daß allerdings das Gericht verpflichtet sei, auf die Entdeckung der Wahrheit und insbesondere auf die Aufklärung der gegen den Angeschuldigten vorliegenden Verdachtsgründe durch letzteren hinzuwirken; daß also der Richter zur Befragung des Angeschuldigten berechtigt sei, und letzterer die sittliche Verpflichtung habe, die Wahrheit, auch wenn er sich als schuldig bekennen müßte, anzugeben.

Damit ist aber auch die äußerste Grenze bezeichnet, bis zu welcher das richterliche Fragerecht dem Angeschuldigten gegenüber in einem von den Auswüchsen des inquisitorischen Verfahrens gereinigten, auf accusatorischen Formen ruhenden Processe gehen darf.

Es versteht sich zunächst von selbst, daß Alles unterbleiben muß, was dem dadurch erreichten Geständnisse allen Werth und die beweisende Kraft wieder benehmen müßte; und daß kein Mittel gebraucht werden darf, welches mit der sittlichen Würde und Hoheit, in welcher der Staat dem Verbrechen entgegentritt, unvereinbar wäre. Daher zunächst das Verbot aller Zwangsmittel, falscher Vorspiegelungen, aller Versprechungen und Drohungen, aller captiosen und der nicht gerechtfertigten Suggestivfragen. (Vgl. auch noch das §. 23 d. Entw. ausgesprochene Verbot der Benützung von agents provocateurs u. s. w.)

Es mußte aber auch weiter noch dafür gesorgt werden, daß dem Angeschuldigten seine Stellung als Proceßpartei gewahrt werde, und der Untersuchungsrichter nicht mehr ihn selbst als bloßen Gegenstand der Untersuchung, als Object psychologischer Experimente behandle. Es sind daher alle jene Stellen früherer Gesetze weggeblieben, welche den Untersuchungsrichter hätten verleiten können, in den die Antwort ganz oder theilweise weigernden Angeschuldigten zu dringen, und ihn durch Ermahnungen, hinter welchen sich mehr oder weniger deutlich Drohungen bemerkbar machen könnten, zur Angabe der Wahrheit, oder vielmehr dessen, was er dafür hält, zu nöthigen. So wie nämlich positiv ausge-

sprochen ist, daß die Voruntersuchung durch das Bemühen, ein Geständniß zu erlangen, nicht verzögert werden dürfe, so ist andererseits der Untersuchungsrichter nicht mehr angewiesen, den Angeschuldigten, welcher Antworten verweigert, darauf aufmerksam zu machen, daß sein Verhalten die Untersuchung nur verlängern und einen für ihn nachtheiligen Einfluß auf die Beurtheilung der Sache ausüben könne.

b) Der Angeschuldigte kann verlangen, daß seiner Vernehmung Gerichtszeugen beiwohnen. (§. 188.)

c) Jene Personen, welche wegen ihrer nahen Beziehungen zum Angeschuldigten das Recht haben, sich des Zeugnisses zu entschlagen, nahmen nach bisherigem Rechte eine Stellung ein, welche dem Angeschuldigten unter Umständen auch gefährlich werden kann. Nicht immer müssen solche Personen ihm wohl wollen; oft ist gerade die zwischen Verwandten herrschende Feindschaft die bitterste. Dennoch steht es nach bisherigem Rechte diesen Personen frei, auch den Eid nach Belieben zu verweigern oder zu leisten. Der Entwurf beseitigt nun diese Anomalie, indem er die Ausnahmsstellung jener Personen auf das Recht einschränkt, sich des Zeugnisses zu entschlagen. Unterwerfen sie sich dagegen freiwillig der Zeugenvernehmung, so sind sie auch im vollsten Umfange nach den für Zeugen überhaupt geltenden Vorschriften, namentlich also hinsichtlich der Beeidigung und der Confrontation, zu behandeln

Dagegen schien es gerecht, dem Willensact des Zeugen, welcher freiwillig in dem Vorverfahren ausgesagt hat, nicht dadurch nachträglich Gewalt anzuthun, daß, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung seine Aussage verweigert, die Vorlesung des Protokolles stattfindet. Noch entscheidender war aber auch hier die andere Rücksicht, daß nämlich die mündliche Aussage in der Hauptverhandlung, in Gegenwart aller Betheiligten und unter dem Einflusse des directen Fragerechtes abgelegt, an innerem Werthe die in der Voruntersuchung protokollirte Aussage weit übertrifft, und daß es daher nicht der Willkür des Zeugen anheimgestellt sein könne, seine Aussage jener entscheidenden Erprobung zu entziehen und sie dennoch als Beweismittel benützen zu sehen. Solche Protocolle sollen daher in der Hauptverhandlung nur dann verlesen werden können wenn die Ladung des Zeugen wegen

materieller Hindernisse nicht erfolgen konnte, oder wenn Anklage und Vertheidigung darüber einverstanden sind. Verweigert also der Zeuge die Aussage, so kann auch das im Vorverfahren aufgenommene Protokoll nicht verlesen werden. (§. 240 d. Entw.)

d) Als eine wesentliche Begünstigung des Angeschuldigten ist ferner die Einrichtung anzusehen, vermöge welcher das Richtercollegium, welches bei der Hauptverhandlung fungirt, aus einer geraden Zahl von Mitgliedern besteht, und daß bei gleich getheilten Stimmen der Beschluß nach der dem Angeklagten günstigeren Meinung zu fassen ist. (§§. 13, 18, 288, 336 des Entwurfes der Strafproceßordnung; §. 17 des Gesetzentwurfes über die Beiziehung von Gerichtsschöffen).

e) Im gleichen Sinne ist hier zu erwähnen, daß im standrechtlichen Verfahren die Verurtheilung zur Todesstrafe nur einstimmig oder mit einer Mehrheit von vier Stimmen gegen Eine erfolgen kann (§. 442 des Entwurfes), daß das Verfahren vor dem Standgerichte ohne Ausnahme öffentlich (§. 440) und überhaupt nur dann zuläßig ist, wenn der Angeschuldigte sogleich nach seiner Ergreifung vor das Standgericht gestellt wird (§. 439 des Entwurfes) — eine Bestimmung, durch welche namentlich bewirkt wird, daß complicirtere Fälle, in welchen umfassendere Erhebungen nothwendig sind, der Gerichtsbarkeit der Standgerichte entzogen sind.

II.

Der Entwurf hat sich ferner zur Aufgabe gemacht, für die Vertheidigung des Angeschuldigten zu sorgen und die in dieser Beziehung geltenden Bestimmungen mehrfach zu erweitern.

1. Es ist bei Anwendung der Strafproceßordnungen von 1850 und 1853 der Zweifel entstanden, in wieferne der Angeschuldigte bei der Wahl seines Vertheidigers aus dem Grunde beschränkt sei, weil derjenige, auf welchen seine Wahl fällt, als Zeuge am Processe betheiliget ist. In der That läßt sich auch nicht verkennen, daß in der Hauptverhandlung die Stellung des Vertheidigers mit der eines Zeugen unvereinbar sei; allein es muß andererseits dafür gesorgt werden, daß die Anerkennung dieses Satzes nicht mißbraucht werden könne, um den Angeschuldigten willkürlich bei der Wahl seines Vertheidigers zu

beschränken. Ist der Proceß einmal so weit vorgeschritten, daß die Hauptverhandlung bevorsteht, so wird es jederzeit leicht sein, zu erkennen, ob die Zeugeneigenschaft einer bestimmten Person aus inneren Gründen beigelegt werde, oder nur um einen Vorwand für die Ausschließung von der Vertheidigung zu bieten. Anders verhält es sich aber in früheren Stadien des Verfahrens, wo es leichter wäre, einen bestimmten Vertheidiger unter dem Vorwande auszuschließen, daß man seiner als Zeuge bedürfen werde. Der Entwurf setzt nun zunächst dadurch eine Gränze, daß er die Ausschließung auf jene Personen beschränkt, welche in der Voruntersuchung als Zeugen bereits vernommen wurden, oder deren Vorladung zur Hauptverhandlung bereits beantragt ist, ferner aber der Rathskammer die Entscheidung über die Nothwendigkeit der Ausschließung dieser Personen von der Vertheidigung vorbehält (§. 38, Abs. 1 des Entw.).

2. Der Entwurf sichert dem Angeschuldigten das Recht, sich mehrerer Vertheidiger zu bedienen, und fügt nur die Beschränkung hinzu, daß dadurch nicht eine Vermehrung der dem Angeschuldigten gestatteten Vorträge herbeigeführt werden dürfe. (§. 38, Abs. 2.) Es wird also über denselben Gegenstand bei Beantwortung desselben Vortrages der Staatsanwaltschaft nur einer der Vertheidiger sprechen dürfen; allein es steht dem Vertheidiger frei, sich in die Widerlegung der verschiedenen Anklagepunkte zu theilen, oder auch die Vertheilung in der Art vorzunehmen, daß einer derselben den ersten Vortrag des Staatsanwaltes beantwortet, ein anderer die Duplik übernimmt.

3. Nach den bisherigen Gesetzen war es zweifelhaft und in der Praxis auch vielfach bestritten, ob der Angeschuldigte auch während der Voruntersuchung das Recht habe, sich eines Vertheidigers zu bedienen. Der Entwurf erkennt dieses Recht unbedingt an; es kann nach demselben der Angeschuldigte einen Vertheidiger wählen, welchem das Recht der Einsicht in jene Untersuchungsacten zu gestatten ist, welche sich auf den Gegenstand einer vom Angeschuldigten angemeldeten Beschwerde beziehen (§. 43, Abs. 3), und welcher berechtigt ist, sich an dem Augenscheine zu betheiligen (§. 111). Daß dem Vertheidiger in allen Fällen, wo es der Angeschuldigte verlangt, die diesem Letzteren zuzustellenden Abschriften gerichtlicher Verfügungen zugestellt werden müssen, schien nach Vorstehendem einer ausdrücklichen Anordnung nicht zu bedürfen.

Einer sorgfältigen Erwägung wurde dagegen die Frage unterzogen,

ob schon während der Voruntersuchung dem Vertheidiger der Verkehr mit dem verhafteten Angeschuldigten freizugeben sei. Ist nun richtig, daß dem Angeschuldigten gerade während der so wichtigen Voruntersuchung und so lange er sich in Haft befindet, die Unterstützung eines Vertheidigers ganz besonders wichtig sein muß, so ist doch andererseits nicht zu läugnen, daß die Voruntersuchung, wie sie überall auf dem europäischen Continente aufgefaßt wird, eine geheime und inquisitorische sei, daß die Haft des Angeschuldigten unter andern auch den Zweck haben könne, denselben eine Zeit lang und bis zur vollständigen Erklärung über die Thatsachen des Processes vom Verkehr mit der Außenwelt abzusperren, und daß daher, so lange man die Voruntersuchung im obenbezeichneten Sinne fortbestehen läßt, die Unterredung mit dem Angeschuldigten nicht unbedingt und zu jeder Zeit freistehen könne.

Nach dem Entwurf soll daher, wenn sich der Angeschuldigte in Collusionshaft befindet, bis zu dem Zeitpunkte, wo ihm die Anklageschrift zugestellt wird, eine Unterredung desselben mit seinem Vertheidiger nur in Gegenwart einer Gerichtsperson stattfinden können (§. 43, Absatz 2).

III.

Von der entscheidensten Wichtigkeit für die Lage des Angeschuldigten ist die gesetzliche Feststellung der Bedingungen, unter welchen ihm die Freiheit vor dem Urtheil entzogen werden kann. Der Entwurf weicht in Folgendem vom bisherigen Rechte ab:

1. Die Unterscheidung zwischen Untersuchungshaft und vorläufiger Verwahrung wird zwar beibehalten, allein in dem Sinne festgestellt, daß die vom U n t e r s u c h u n g s r i c h t e r verhängte Haft und nur diese Haft genannt wird. Die Festnehmung des Angeschuldigten durch die Organe der gerichtlichen Polizei oder durch vom Untersuchungsrichter verschiedene richterliche Beamte begründet nur vorläufige Verwahrung und muß binnen 48 Stunden mit der Vorführung vor den Untersuchungsrichter enden, welcher entweder die Untersuchungshaft verhängt oder die Entlassung verfügt. (§§. 170 und 171 des Entw.) Somit führt nur die Haft im Gefängnisse des Untersuchungsgerichtes immer den Namen Untersuchungshaft. Nach althergebrachter Anschauung des Volkes knüpft sich nun aber in der That ein wesentlicher Unterschied

daran, ob die Haft auf Befehl und im Gefängniß des Strafgerichtes auferlegt werde, oder ob eine andere Behörde den Angeschuldigten bis zur Entscheidung des Strafrichters festhält. Der vom Untersuchungsrichter ausgehende Befehl heißt allein Verhaftsbefehl; mit dem Augenblicke, wo er vollstreckt wird, beginnt die Untersuchungshaft. Allein, wenn er ohne vorausgegangene Vernehmung des Angeschuldigten erlassen wurde, muß binnen 24 Stunden nach der Verhaftung die Vernehmung und sofort nach derselben die Entscheidung darüber stattfinden, ob der Verhaftsbefehl wieder aufgehoben, oder der Angeschuldigte in Untersuchungshaft behalten werden solle. (§§. 168—171 des Entwurfes.)

2. Nach den beiden Strafproceßordnungen von 1850 und 1853 tritt die Untersuchungshaft unvermeidlich ein, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, welches mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedroht ist. Der Grund dieser gesetzlichen Bestimmung kann nur darin liegen, daß ein für allemal angenommen wird, es sei in solchen Fällen Fluchtverdacht vorhanden. Indeß ist diese Annahme in solcher Allgemeinheit keineswegs gerechtfertigt; der Strafsatz des Kerkers zwischen 5 und 10 Jahren kommt im österr. Strafgesetz sehr oft vor; gerade bei den die Gerichte am häufigsten beschäftigenden Verbrechen hängt es von verhältnißmäßig untergeordneten, oft auch nicht scharf präcisirten Bedingungen ab, ob jene Grenzlinie überschritten werden kann. Dagegen ist es eine unbestreitbare Thatsache, daß, vermöge des ausgedehnten Gebrauches, den die Gerichte von dem außerordentlichen Milderungsrechte machen, die wirklich verhängte Strafe meistens beträchtlich unter dem gesetzlichen Minimum bleibt: es kann daher Fälle geben, wo dies mit ziemlich großer Bestimmtheit voraus zu sehen, ja wo es gewiß ist. Andererseits kann die aus der Größe der bevorstehenden Strafe abgeleitete Vermuthung durch entgegengesetzte Umstände entkräftet werden, wie z. B. wenn der Angeschuldigte durch die Flucht große Vortheile aufgeben würde, während er noch allen Grund hat, auf eine Freisprechung zu rechnen; oder wenn er eine ihm dargebotene Gelegenheit zur Flucht unbenützt gelassen hat. — Aus diesen Gründen stellt es der Entwurf nur der Beurtheilung der Gerichte anheim, ob im gegebenen Falle „wegen der Größe der dem Angeschuldigten muthmaßlich bevorstehenden Strafe" die Flucht zu besorgen sei. (§. 168, lit. c.) Nur um dieses Verdachtes willen (nicht aber

wenn derselbe trotz der Schwere der Strafe **nicht** besteht), ist künftig die Haft zu verhängen.

3. Selbst wenn auch bei schwereren Verbrechen dieser Verdacht besteht, ist übrigens nach dem Entwurf noch nicht (wie in der Strafproceßordnung von 1850) die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Angeschuldigte gegen Sicherheitsstellung auf freien Fuß gesetzt werde. Es ist nämlich, wenn es sich um ein mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedrohtes Verbrechen handelt, nur dem Ermessen der Rathskammer und des Oberlandesgerichtes die Entscheidung über die Annahme der Sicherheitsleistung, welche außer diesem Falle nicht versagt werden kann, vorbehalten (§. 182, Absatz 2).

4. Da die Sicherleistung nur den Flucht-, nicht den Collusionsverdacht beseitigt, würde die unbegrenzte Zulassung der Collusionshaft die Gefahr mit sich bringen, daß das Institut der Entlassung gegen Caution illusorisch zu machen sei; der Entwurf räumt daher, dann auch mit Rücksicht auf die oben (S. 145) erwähnte Bestimmung des §. 43, Absatz 2, dem Angeschuldigten, welcher sich in Collusionshaft befindet, das Recht ein, nach 45tägiger Dauer der Collusionshaft die Bestimmung einer angemessenen Frist für dieselbe zu verlangen (§. 181, Absatz 2).

5. Die Fortdauer der Haft, während des dem Urtheile erster Instanz nachfolgenden Verfahrens, erregte bekanntlich zu allen Zeiten beträchtliche Schwierigkeiten. Der Entwurf scheidet nun zunächst jene Fälle aus, in welchen es möglich ist, daß dem Angeschuldigten gestattet wird, die Strafe anzutreten. Es ist dies nämlich da der Fall, wo die Berufung nur gegen den über das Maß der Strafe ergangenen Ausspruch gerichtet ist (§. 281 des Entw.). Für alle anderen Fälle gilt folgende Regel (§. 394 des Entw.): „Wird der Antritt einer Freiheitsstrafe ohne den Willen des in Haft befindlichen Verurtheilten, oder wird er durch ein Rechtsmittel verzögert, welches dieser mit auch nur theilweisem Erfolge ergriffen hat; so ist die Zeit, welche er seit Verkündigung des Urtheiles erster Instanz in der Haft zugebracht hat, in die Strafzeit einzurechnen."

D. Versetzung in den Anklagestand.

In keinem Punkte gehen jene Gesetzgebungen, welche die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Strafverfahrens anerkennen, weiter auseinander, als in Bezug auf die Art und Weise der Versetzung in Anklagestand.

Die eigenthümlichste und einfachste Einrichtung besteht in Schottland. Es werden dort die Acten der geschlossenen Voruntersuchung jenem Staatsanwalte übersendet, welcher bei der betreffenden Assise zu fungiren hat. Ihn sieht man als jene Persönlichkeit an, welche am besten zu beurtheilen vermag, ob Grund vorhanden sei, die Anklage zu erheben, und Aussicht darauf, daß sie Erfolg haben könne, und wohl mit Recht, da eine Nachlässigkeit des öffentlichen Anklägers wegen seiner Stellung und wegen des dem Beschädigten zustehenden Rechtes zu selbstständiger Verfolgung nicht zu besorgen ist, andererseits aber der Staatsanwalt nicht das geringste Interesse hat, sich durch Erhebung einer schlecht begründeten Anklage eine Niederlage vor den Geschwornen zu bereiten. Findet nun der Staatsanwalt die Anklage überhaupt nicht oder nur in der Art begründet, daß die Sache vor ein Gericht unterer Ordnung gehört, so erläßt er die entsprechende Verfügung; im entgegengesetzten Falle läßt er an den Angeklagten eine Zuschrift ergehen, welche in aller Form ihn davon in Kenntniß setzt, welcher That er im Namen des Königs angeklagt werde, welches Verbrechen dieselbe begründe, und welche Beweise bei der Hauptverhandlung vorgebracht werden sollen. Der Gerichtshof, vor welchem die Schwurgerichtsverhandlung stattfindet, ist berufen, unmittelbar vor Beginn derselben in öffentlicher Sitzung die formelle Giltigkeit der Anklageschrift und sodann den Inhalt derselben, letzteren aber nur in der Richtung zu prüfen, ob die in der Anklageschrift angegebenen Thatsachen, wenn erwiesen, die Verurtheilung des Angeklagten rechtfertigen würden. Bestehen in dieser Beziehung keine Bedenken, so wird (ohne vorläufige Erörterung der gegen den Angeklagten vorliegenden Verdachtsgründe) durch ein Interlocut (Interlocutor of Relevancy) die Verhandlung vor der Jury eingeleitet und sofort eröffnet, da gegen das Relevanz-Interlocut kein selbstständiges Rechtsmittel offen steht.

Eine durchaus verschiedene Einrichtung besteht in England, wo zwar die Anklage gegenwärtig ebenfalls nur im Namen des Königs

stattfindet, aber auch von Privaten erhoben werden kann. Dort ist bekanntlich die Anklageschrift der großen Jury vorzulegen, welche von dem die Hauptverhandlung leitenden Richter die ihm nöthig scheinende Rechtsbelehrung erhält, sodann aber in Abwesenheit des Gerichtes und in nicht öffentlicher Sitzung den Ankläger und die von diesem vorgeführten Zeugen, aber weder den Angeschuldigten noch die Entlastungszeugen hört, und hauptsächlich eben nur zu beurtheilen hat, ob die vorgelegten Beweise von der Art sind, daß sie nach aller Wahrscheinlichkeit hinreichend sein werden, die Ueberweisung durch die Urtheilsjury zu begründen. (5. Report on Criminal Law p. 53. art. 51. Mittermaier, das englische, schottische und amerikanische Strafverfahren. S. 275). Findet die Anklagejury (mit absoluter Stimmenmehrheit und wenigstens 12 Stimmen) die Anklage begründet, so eignet sie sich die formell bereits auf ihren Namen abgefaßte Anklageschrift (Indictment) dadurch an, das der Vormann auf die Rückseite die Worte „True bill" setzt. Im entgegengesetzten Falle wird sie durch die Worte: Not a true bill (ignoramus) zurückgewiesen, welche Zurückweisung übrigens keinerlei Rechtskraft erlangt und nicht ausschließt, daß die Anklage in einem späteren Assisentermin erneuert werde, ja daß der Angeschuldigte bis zum nächsten Termine auf Anordnung des Gerichtes im Gefängniß gehalten werden kann. Ist eine Anklageschrift von der Grand Jury genehmigt, so kann der Angeschuldigte die Vernichtung derselben aus Gründen des formellen und materiellen Rechts vor Beginn der Verhandlung vor der Urtheilsjury begehren, doch steht ihm, auch wenn er dies unterläßt, oder wenn es ohne Erfolg geschieht, in der Regel die Möglichkeit offen, die Richtigkeit auch noch später geltend zu machen.

Als in Frankreich die constituirende Nationalversammlung das Strafverfahren nach englischem Muster umgestaltete, führte sie auch eine Anklagejury ein, welche, theils weil sich große Bedenken gegen dieselbe erhoben, vorzüglich aber, weil der Kaiser Napoleon, um der Stellung willen, die er den Appelhöfen anzuweisen gedachte, es nöthig fand, ihnen einen wichtigen Theil der strafgerechtlichen Geschäfte zuzuweisen, wieder abgeschafft wurde. Die Anstalten, welche in Folge dessen der Code d'instruction criminelle für die Versetzung in Anklagestand traf, gehören wohl zu den complicirtesten und unnatürlichsten, welche je durch eine Codification hergestellt wurden, und es läßt sich nicht verkennen, daß, während die französische Anklagejury gleich der englischen

offenbar die Bestimmung hatte, Schutz gegen nicht genügend begründete Anklagen zu gewähren, den an ihre Stelle tretenden Einrichtungen vielmehr die Besorgniß zu Grunde liegt, es könnte eine Verfolgung ohne genügenden Grund unterlassen werden.

Bekanntlich sind diese Institutionen verschieden, je nachdem es sich um Vergehen oder Verbrechen handelt. Im ersteren Falle hat der Staatsanwalt und die Civilpartei das Recht der unmittelbaren Ladung in die öffentliche Sitzung des Zuchtpolizeigerichtes, ohne daß dagegen dem Angeschuldigten ein Rechtsmittel offen steht. Ist aber der Untersuchungsrichter mit der Sache einmal befaßt, so legte ihm der jetzt aufgehobene Artikel 127 des Code d'Instruction die Verpflichtung auf, der Rathskammer, welche außer ihm noch aus zwei Richtern besteht, Vortrag zu erstatten, und diese konnte auch gegen den Antrag des Staatsanwalts die Verweisung vor das Zuchtpolizeigericht aussprechen. Handelt es sich dagegen um ein Verbrechen, so war nach dem Code d'Instruction criminelle die Voruntersuchung und damit auch die Berichterstattung an die Rathskammer obligatorisch. Zur Entbindung des Angeschuldigten vor jeder weiteren Verfolgung war Einstimmigkeit der Rathskammer und die Zustimmung des Staatsanwaltes erforderlich. Das Votum eines der Richter oder die Opposition des Staatsanwaltes genügte, um mit der Sache die Anklagekammer des Appellhofes zu befassen, die auch gegen den Antrag des Generalprocurators ein Erkenntniß fällen kann, durch welches der Angeschuldigte vor dem Schwurgerichtshofe verwiesen wird. Die Staatsanwaltschaft ist sodann verpflichtet, eine Anklageschrift einzubringen, welche in ihrem Hauptantrage mit dem Verweisungserkenntnisse übereinstimmen muß, deren Begründung aber in der Regel in einer ausführlichen, zumeist sehr einseitigen und leidenschaftlichen Erzählung der dem Proceß zu Grunde liegenden Thatsachen besteht.

Diese Einrichtungen haben in neuerer Zeit in Frankreich selbst in soferne eine tief eingreifende Veränderung erfahren, als durch Gesetz vom 17. Juli 1856 die Rathskammer abgeschafft wurde. Die Verweisung vor das Zuchtpolizeigericht und die Vorlegung der Acten an die Anklagekammer wegen Verdachtes eines Verbrechens wird also jetzt durch Verfügung des Untersuchungsrichters veranlaßt.

Die österreichische Strafproceß-Ordnung von 1850 hatte die damaligen französischen Einrichtungen zwar nicht vollständig, aber doch

zum großen Theile nachgeahmt; sie ließ die unmittelbare Ladung niemals zu, hielt an dem Grundsatze fest, daß über jede Versetzung in Anklagestand ein Richtercollegium und zwar bei der Mittelclasse der strafbaren Handlungen das Bezirkscollegialgericht, in Schwurgerichtsfällen die Anklagekammer des Oberlandesgerichtes (jedoch mit Umgehung des Bezirkscollegialgerichtes) ein Erkenntniß zu fällen habe, welches an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden ist, vielmehr dieser die unabweisbare Grundlage für die Anklageschrift und die mündliche Anklage in der Hauptverhandlung bietet. Die Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand erfolgt übrigens immer in nicht öffentlicher Sitzung, ohne Vernehmung des Angeschuldigten, welchem nur gestattet ist, eine Vertheidigungsschrift zu überreichen, ohne daß ihm die Anträge der Staatsanwaltschaft bekannt gegeben werden; dagegen hat die Staatsanwaltschaft nicht blos einen schriftlichen begründeten Antrag vorzulegen, sondern es ist auch der Staatsanwalt oder Generalprocurator beim Vortrag der Sache anwesend und nach demselben anzuhören, wenn er gleich nicht, wie in Frankreich, selbst als Referent fungirt.

Gegen diese Einrichtung haben sich nun in der Anwendung große und beachtenswerthe Bedenken ergeben:

1. Sie machte die Stellung der Staatsanwaltschaft unklar und unsicher, in soferne sie das Gericht öfter zwingt, entweder seine eigene Ueberzeugung zu verläugnen oder der Staatsanwaltschaft die Verpflichtung aufzuerlegen, gegen ihre Ueberzeugung eine Anklage erheben zu müssen oder doch wenigstens zu sollen. Es ist übrigens bereits darauf hingewiesen worden, daß die Strafproceß-Ordnung von 1850 dem französischen Recht gegenüber in soferne inconsequent erscheint, als sie gleich jenem ein Verweisungserkenntniß gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft zuläßt, dann aber doch der letzteren gestattet, die vielleicht gar nicht von ihr erhobene Anklage fallen zu lassen.

2. Die Einrichtung führt zu Collisionen im Innern der Gerichte einerseits und mit der Staatsanwaltschaft andererseits. Ersteres in soferne, als durch Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das Verweisungserkenntniß oder gegen die Zurückweisung der Anklage höhere Gerichte — das Oberlandesgericht und der Cassationshof — angerufen werden, ihre Rechtsansicht auszusprechen. Die zur Vornahme der Hauptverhandlung berufenen Gerichte können natürlich an diese Ansicht nicht gebunden

sein, und so entstehen die mannigfaltigsten und bedenklichsten Complicationen.

Ebenso ist bereits bemerkt worden, daß der Staatsanwalt am Bezirkscollegialgericht seinen Vorgesetzten, den Generalprocurator, zur Vorlegung der Acten an die Anklagekammer verpflichten kann, obgleich der Generalprocurator selbst hiefür keinen Grund sieht. (Vgl. Erlaß des Justizministeriums vom 23. December 1850, Nr. 16.982.)

Auf der anderen Seite ist mit der Durchführung der Anklage vor dem Schwurgerichtshofe der Regel nach ein Staatsanwalt betraut, welcher weder auf die Voruntersuchung noch auf die Versetzung in Anklagestand Einfluß zu nehmen hat. Nun mag es wohl in einzelnen Fällen thunlich sein, daß durch einen Wechsel der Personen Meinungsconflicte beseitigt werden; immer aber werden damit so große Uebelstände verbunden sein, daß man nur ausnahmsweise zu dem Mittel greifen wird, während die Collision, namentlich was die Rechtsfrage betrifft, sich jeden Augenblick ergeben kann.

3. Eine weitere nachtheilige Folge ist eine Reihe von zum größten Theil überflüssigen, blos der Form wegen vorgenommenen Geschäften, eine beträchtliche Erschwerung des Geschäftsganges und eine auf die übrigen Theile des Processes nachhaltig zurückwirkende Ausdehnung des Schreibens.

Es muß nämlich vor Allem bemerkt werden, daß in weitaus den meisten Fällen die collegiale Berathung über die Versetzung in den Anklagestand sich als eine durchaus entbehrliche Maßregel darstellt; in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle liegt ein Geständniß oder doch ein so überwältigender Beweis vor, daß der Angeschuldigte selbst es vollkommen in der Ordnung findet, daß die Sache zur Hauptverhandluug gebracht werde. (Den besten Beweis dafür liefert die sehr geringe Anzahl von Berufungen gegen die nach der gegenwärtigen Strafproceßordnung gefällten Anklagebeschlüsse.) Die Fälle dagegen, in welchen die Verweisung gegen die Ansicht des Staatsanwalts beschlossen wird, müssen noch viel seltener sein. Daraus folgt, daß während jede Strafsache zu collegialer Vorberathung gebracht wird, nur selten eine wirklich streitige, zu einer Meinungsverschiedenheit Anlaß gebende Angelegenheit zum Vorschein gelangt. Es besteht also ein unverkennbares Mißverhältniß zwischen der zu lösenden Aufgabe und den dafür aufgewandten Mitteln. Daß aber der Aufwand an Mitteln kein geringer sei, geht daraus hervor, daß

nach Abschluß der Voruntersuchung noch Folgendes erforderlich war: Schriftlicher begründeter Antrag des Staatsanwaltes, Bestellung eines Referenten, actenmäßiges Referat des Letzteren, Ausfertigung des Verweisungserkenntnisses und seiner Gründe, sodann noch in der Regel eine Anklageschrift mit wesentlich gleichartigem Inhalt. In schwurgerichtlichen Fällen kommt dazu noch die Versendung der Acten an das entlegene Oberlandesgericht und die für drei Personen (den Generalprocurator, den Referenten in der Anklagekammer und den Staatsanwalt am Schwurgerichtshof) eintretende Nothwendigkeit, die Acten zu studiren. Allerdings sind in der Praxis der Strafproceß-Ordnung von 1850 die früher erwähnten Actenstücke fast regelmäßig eines vom andern abgeschrieben worden; allein auch dieses immerhin nicht blos mechanische Abschreiben nimmt Zeit und Kräfte in Anspruch, während es zugleich beweist, daß sie ohne Noth verwendet werden. Ueberdies fand es begreiflicher Weise doch nicht immer statt, und die Nothwendigkeit, das Verweisungskenntniß eingehend aus den Acten zu begründen, bringt das Gericht leicht in die Lage, mehr als eine bloße Voruntersuchung zu verlangen.

In Frankreich, wo das letztere sich nicht zeigte, und wo überdies die Rathskammer in den zahllosen Fällen, wo unmittelbare Ladung erfolgte, stets umgangen wurde: hat doch schon die Abschaffung der Rathskammer eine merkliche Beschleunigung der gesammten Procedur zur Folge gehabt.

Die amtlichen Berichte ergeben nämlich, daß in Frankreich im Jahre 1855 die Haft des Angeschuldigten

in 364 Fällen unter 1000 nur	1—15 Tage
„ 367 „ „ „ „	16—30 „
„ 182 „ „ „ „	1—2 Monate
„ 185 „ „ „ „	2—3 „
„ 20 „ „ „ „	3—4 „
„ 7 „ „ „ „	4—5 „
„ 3 „ „ „ „	5—6 „
„ 2 „ „ „	länger dauerte.

Im Jahre 1856 wurde die Rathskammer abgeschafft und das Verhältniß stellte sich in den Jahren 1856, 1857, 1858:

	1856	1857	1858
1—15 Tage . . .	421,	451,	474,
16—30 „ . . .	384,	357,	357,

		1856,	1857,	1858:
1—2 Monate	. . .	147,	143,	129,
2—3 „	. . .	35,	38,	30,
3—4 „	. . .	8,	7,	7,
4—5 „	. . .	3,	2,	1,
5—6 „	. . .	1,	1,	1,
länger	. . .	1,	1,	1.

(v. Holtzendorff's deutsche Strafrechtszeitung 1861, Nr. 7.)

4. Am empfindlichsten aber wird durch die ganze Einrichtung, die man doch überwiegend als eine Schutzmaßregel für den Angeschuldigten ansieht, gerade dieser betroffen. Es ist schon erwähnt worden, daß er in der Regel diesen Schutz nicht verlangt, und es ist bekannt genug, daß oft selbst Angeschuldigte, deren Sache zweifelhaft steht, lebhaft wünschen, lieber in die öffentliche Hauptverhandlung verwiesen zu werden. Dennoch bezahlt der Angeschuldigte den ihm aufgedrängten Schutz sehr theuer:

a) Dadurch, daß die Definitiventscheidung verzögert wird, während der Angeschuldigte sich vielleicht in Haft befindet. Das letztere wird ganz häufig dann der Fall sein, wenn das Verbrechen vom Schwurgerichte abzuurtheilen ist. Nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 konnte es geschehen, daß, während das Schwurgericht versammelt war, oder selbst einige Wochen vorher, der Angeschuldigte ein Geständniß ablegte, und daß der bloßen Form zu Liebe die Acten, begleitet von den schwerwiegenden Ueberweisungsstücken, an den Sitz des Oberlandesgerichtes und wieder zurück wandern mußten, der Angeschuldigte aber bis zur nächsten Schwurgerichtsperiode (also drei Monate) in Haft zu bleiben hatte.

b) Nachtheiliger in der Hauptsache ist es dem Angeklagten, daß das Verweisungserkenntniß unvermeidlich ein ungünstiges Vorurtheil gegen ihn hervorbringt; zunächst in der öffentlichen Meinung, insbesondere auch bei den Geschworenen, erscheint eine von einem Gerichte erhobene Anklage in einem ganz anderen Lichte, als der Antrag selbst eines öffentlichen Anklägers. Unwillkürlich nimmt man an, ein Gerichtshof gehe mit größerer Vorsicht zu Werke, und verlange mehr als bloßen Argwohn, während doch die Natur der Sache es mit sich bringt, daß auch ein Richtercolle=

gium die Hauptverhandlung veranlaßt, sobald auch nur ein erheblicher Verdacht vorliegt.

Dazu kommt nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 in Schwurgerichtsfällen die ansehnliche Stellung der Anklagekammer, welche den Angeklagten schon in Bezug auf die bloße Thatfrage noch in Nachtheil bringen kann. Viel empfindlicher war es aber dem von dem Bezirkscollegialgerichte Angeklagten, daß dieselben Richter, welche das Verweisungserkenntniß schöpften, auch bei der Hauptverhandlung mitwirken können, und in der Regel auch mitwirken müssen. Der Angeklagte hat hier die Hinfälligkeit und Unhaltbarkeit der gegen ihn erhobenen Beschuldigung vor denselben Männern darzuthun, welche bereis in einem feierlichen Erkenntniß dieselbe für wohlbegründet erklärt haben; ja es kann vorkommen, daß sie das Verweisungserkenntniß gegen den Antrag des Staatsanwaltes geschöpft haben, und daß dieser von scheinbar unbefangenen Richtern die eigentlich von ihnen ausgehende Anklage erheben und verfechten muß. „Sie haben," heißt es in den Motiven des früher erwähnten französischen Gesetzes vom 17. Juli 1856, „den Angeschuldigten vor ihre Gerichtsbarkeit gewiesen, und sie sind es, welche ihre eigene Entscheidung einer Prüfung unterwerfen!" — Ist es auch vollkommen richtig, daß der Unterschied zwischen Verweisungserkenntniß und Endurtheil jedem Richter klar sein wird, und daß andererseits schon die Voruntersuchung das Gericht nöthigen kann, eine vorläufige Entscheidung zu fällen: so ist doch klar, daß ein nach geschlossener Voruntersuchung gefälltes Erkenntniß immerhin der Unbefangenheit der Auffassung Eintrag thun muß, und daß der Angeklagte sich sicherer fühlen muß, vor Richtern zu stehen, die an einem solchen Erkenntniß keinen Theil haben.

c) Das ärgste aber ist, daß dieses so schwer gegen den Angeschuldigten ins Gewicht fallende Verweisungserkenntniß in einer Weise zu Stande kommt, welche ihm die Wahrnehmung seiner Rechte wesentlich erschwert. Er hat allerdings das Recht, eine Vertheidigungsschrift einzubringen; allein zu der Zeit, wo diese zu arbeiten ist, ist noch keine Anklage erhoben, es fehlt also der Vertheidigungsschrift jeder feste Anhaltspunkt. Die gemachten Erfahrungen bestätigen, daß die Vertheidigungsschrift schon deshalb zu unge-

messener Breite und damit zur gänzlichen Wirkungslosigkeit verdammt war, weil der Vertheidiger, in der Unwissenheit darüber, was unter den Ergebnissen der Voruntersuchung noch erheblich gefunden werden könnte, alle denkbaren Eventualitäten berücksichtigen und besprechen mußte.

Man kann leicht ermessen, wie wenig Berücksichtigung ein solches Schriftstück findet, und wie wenig es gegenüber dem genau formulirten Antrag des Staatsanwaltes, der überdies noch mündlich verfochten wird, ins Gewicht fällt. Ist dagegen die Anklage durch das Erkenntniß der Anklagekammer festgestellt, so steht nur mehr das Rechtsmittel der Richtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof offen.

II.

Aus allem Vorstehenden ergibt sich, daß die Einrichtungen der Strafproceß-Ordnung von 1850, welche sich auf die Versetzung in Anklagestand beziehen, unmöglich wieder eingeführt werden können, daß es vielmehr nothwendig sei, neue Einrichtungen herzustellen, welche nur für jene Zwecke, für welche ein wahres Bedürfniß besteht, bestimmt sind, zugleich aber dafür Gewähr bieten, daß diese Zwecke sicherer und in der einfachsten Weise erreicht werden.

Soferne nämlich die französischen Einrichtungen auch dazu bestimmt sind, gegen die Nachlässigkeit oder allzumilde Auffassung der Staatsanwaltschaft Schutz zu gewähren, und in soferne das französische Vorbild auch auf die österreichische Strafproceß-Ordnung von 1850 nachgewirkt hat, ist bereits nachgewiesen worden, daß jene französischen Einrichtungen auf einem Widerspruche beruhen und große Unzukömmlichkeiten mit sich führen, — in der österreichischen Strafproceß-Ordnung von 1850 aber der Widerspruch ein noch viel weiter gehender sei. In dieser Beziehung stellt sich daher der Entwurf nur die negative Aufgabe, Collisionen zwischen Gerichten und der Staatsanwaltschaft nach Möglichkeit vorzubeugen, vielmehr sowohl den staatsanwaltschaftlichen, als den richterlichen Beamten die Möglichkeit zu gewähren, innerhalb ihres eigenen Wirkungskreises sich von ihrer eigenen gewissenhaften Ueberzeugung leiten zu lassen. Die Gerichte sollen nicht in die Lage kommen, statt des Staatsanwaltes anzuklagen, die Staatsanwaltschaft soll nicht eine Anklage erheben und vertreten müssen, welche ihr über-

haupt oder doch wenigstens in der Richtung, die sie jetzt nimmt, fremd ist; ebenso wenig aber soll sie in die Lage kommen, einem in aller Form gefällten Erkenntnisse durch ihre einseitige Erklärung jede Wirksamkeit entziehen zu können.

Die anderen Zwecke, welche die Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 hinsichtlich der Versetzung in Anklagestand verfolgen, sind: Vereinfachung des Verfahrens durch sofortige Ausscheidung jener Fälle, in welchen die Hauptverhandlung offenbar erfolglos wäre, oder einem andern Gerichte abgetreten werden müßte; — Schutz für den Angeschuldigten gegen vexatorische oder doch nicht genügend begründete Anklagen; — Herstellung einer festen und sichern Grundlage für die Hauptverhandlung durch bestimmte Formulirung der Anklage. In dieser Beziehung war nun dem Entwurfe eine dreifache Aufgabe gestellt:

1. Die erwähnte Vereinfachung möglich zu machen, ohne daß die Vortheile derselben um den viel zu hohen Preis eines schleppenden Geschäftsganges erkauft werden.

2. Dem Angeschuldigten, da, wo er glaubt, die Versetzung in Anklagestand von sich abwehren zu können und zu sollen, eine Vertheidigung gegen dieselbe zu gestatten, und zwar eine solche, welche wirksam ist, und dennoch ihm die weitere Bekämpfung der Anklage in der Hauptverhandlung nicht allzusehr erschwert, — dieses Schutzmittel aber denjenigen nicht aufzudrängen, welche sich durch dasselbe nicht beschützt, sondern nur gedrückt fühlen würden.

In dieser, wie in der unter 1. erwähnten Beziehung kommt es darauf an, den Proceßeinrichtungen eine solche Elasticität zu geben, daß sie die rascheste und einfachste Erledigung jener Sachen, die dies ihrer innern Natur nach gestatten, ermöglichen und doch auch wieder die gründlichste und sorgfältigste Vorberathung in jenen Fällen, wo solche nothwendig ist, gewährleisten.

3. Eine feste Grundlage der Hauptverhandlung herzustellen, ohne daß dem das Endurtheil fällenden Richter die Freiheit der Beurtheilung durch bloße Förmlichkeiten entzogen wird.

Die Einrichtungen, welche zu diesen Zwecken im Entwurfe vorgeschlagen werden, beruhen auf folgenden Grundsätzen:

A. Die Entscheidung darüber, ob wegen einer bestimmten strafbaren Handlung die Anklage erhoben wer-

den solle, und die Formulirung dieser Anklage steht nur der Staatsanwaltschaft zu.

B. Eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der erhobenen Anklage findet nur auf Verlangen des Angeschuldigten (auf dessen Einspruch) statt. Das Gericht, welches die Entscheidung fällt, ist verschieden von demjenigen, welches die Hauptverhandlung abzuhalten hat.

C. Das über den Einspruch des Angeschuldigten gegen die Anklage ergehende richterliche Erkenntniß hat lediglich den zwischen der Anklage und dem Angeschuldigten geführten Streit über die Frage zu schlichten, ob die Hauptverhandlung hinsichtlich aller oder einzelner Anklagepunkte zu entfallen habe, und ob sie vor jenem Gerichte abzuhalten sei, welches die Anklageschrift bezeichnet. Dieses Erkenntniß hat nur, soweit es den Angeschuldigten außer Verfolgung setzt, die Natur einer definitiven Entscheidung, sonst aber nur die einer proceßleitenden Verfügung, welche der Hauptverhandlung in keiner Weise vorgreift.

Die Durchführung dieser Einrichtungen im Einzelnen wurde durch die Einfachheit der gegenwärtig vorausgesetzten Gerichtsorganisation wesentlich erleichtert.

Die Erhebung der Anklage wegen eines Verbrechens oder Vergehens obliegt in allen Fällen, wo nicht ein Privatankläger allein einschreitet, dem Staatsanwalte am Landesgerichte. Dieser hat die Anklageschrift einzubringen, welche im Wesentlichen dasselbe enthält wie das Verweisungserkenntniß von 1850, an dessen Stelle sie treten soll. Hinsichtlich der beizufügenden Begründung ist angeordnet, daß sie kurz, aber erschöpfend sei, und den Sachverhalt, wie er sich aus der Anzeige oder aus der Voruntersuchung ergibt, zu erzählen habe (§. 196 des Entwurfes). Diese letztere Bestimmung hat namentlich zum Zwecke, den Staatsanwalt zu einer streng actenmäßigen Erzählung zu verhalten, und leidenschaftliche, einseitige, romanhaft ausgeschmückte Darstellungen, wie sie nicht selten in französischen Anklageschriften vorkommen, auszuschließen.

Bei Regelung des nach Einbringung der Anklageschrift einzuhaltenden Vorganges war die Erwägung maßgebend, daß die Anklageschrift unter Umständen auch ohne vorausgegangene Voruntersuchung oder gerichtliche Vorerhebungen eingebracht werden kann. In diesem Falle schien es das Einfachste zu sein, den Untersuchungsrichter am

Landesgerichte mit den weiteren Schritten zu betrauen, während außerdem hiezu der mit der Sache bereits befaßte Untersuchungsrichter berufen ist.

In dem einen, wie in dem andern Falle obliegt es dem Untersuchungsrichter, dem Angeschuldigten die Anklageschrift mitzutheilen, und ihn über das ihm zustehende Recht des Einspruches zu belehren. Dieser Verpflichtung kann er sich nicht entziehen; nur wenn der Staatsanwalt bei Anbringung der Anklageschrift den Antrag auf Verhaftung des Angeschuldigten stellt, hat er zu erwägen, ob dem Antrage stattzugeben sei, und wenn er dagegen Bedenken findet, wie in allen Fällen dieser Art, die Entscheidung der Rechtskammer einzuholen.

Die Modalitäten, unter welchen die Mittheilung der Anklageschrift erfolgt, sind in solcher Weise geregelt, daß einerseits die Anordnung der Hauptverhandlung so bald als möglich erfolgen könne, andererseits dem Angeschuldigten möglich gemacht werde, von seinem Rechte mit deutlicher Einsicht in die Sachlage Gebrauch zu machen.

Der Entwurf unterscheidet daher zwei Fälle;

a) Denjenigen, wo der Angeschuldigte verhaftet ist, oder auf Grund der Anklageschrift verhaftet wird. Hier muß es offenbar als das wichtigste erscheinen, daß der Angeschuldigte die ungesäumte Erledigung der Sache erlangen könne; jede imperativ auferlegte Förmlichkeit könnte hier dem Angeschuldigten weit öfter zum Nachtheile als zum Schutze gereichen. Nach dem Entwurfe ist nun die Möglichkeit geboten, daß sofort nach der Einlieferung eines Angeschuldigten der Staatsanwalt die Anklageschrift selbst schreibt, sie dem Untersuchungsrichter vorlegt, welcher sie sofort dem Angeschuldigten vorliest oder vorlegt, ihn zur Erklärung über dieselbe auffordert (was zugleich die Stelle des mit jedem neu Verhafteten vorzunehmenden Verhörs vertreten kann), und daß, wenn der Angeschuldigte auf den Einspruch und auf jede Vorbereitungsfrist verzichtet, und wenn entweder er ein Geständniß abgelegt hat oder die Zeugen sofort erscheinen können, die Verhandlung noch an demselben Tage vorgenommen wird. Wenn dagegen der Angeschuldigte es verlangt, so muß ihm eine Abschrift der Anklageschrift ertheilt und eine Frist von 24 Stunden zur Anmeldung des Einspruches eingeräumt werden.

Ist einmal der Einspruch angemeldet, so ist es wichtig, daß dem Angeschuldigten die Möglichkeit geboten sei, die Begründung des Einspruches (Vertheidigungsschrift) einem Vertheidiger zu übertragen. Es läuft ihm zu diesem Zwecke eine Frist von acht Tagen, auf welche er übrigens ausdrücklich oder stillschweigend dadurch verzichten kann, daß er die Begründung mit der Anmeldung verbindet. Auf Verlangen des Angeschuldigten ist übrigens die Anklageschrift seinem Vertheidiger zuzustellen, in welchem Falle die Frist zur Ausführung des angemeldeten Einspruches von der Zustellung an den Vertheidiger läuft. (§. 233, Absatz 3.)

b) Befindet sich der Angeschuldigte auf freiem Fuße, so ist einerseits zu so großer Eile kein Anlaß, während andererseits auf die Möglichkeit Rücksicht zu nehmen war, daß die Wohnung des Angeschuldigten vom Sitze des Untersuchungsrichters beträchtlich weit entfernt ist. Deßhalb wird hier die Zustellung der Abschrift der Anklageschrift vorgeschrieben und dem Angeschuldigten zur Anmeldung und Ausführung des Einspruches eine gemeinsame Frist von acht Tagen eingeräumt.

In keinem von beiden Fällen schien es gerathen, die französische Einrichtung der unmittelbaren Ladung dadurch auch äußerlich nachzuahmen, daß mit der Mittheilung der Anklageschrift die Ladung zur Hauptverhandlung sofort verbunden wird. Da der Entwurf dem Angeschuldigten das ihm in Frankreich versagte Recht ertheilt, einen vorläufigen Gerichtsbeschluß zu fordern, so müßte entweder bei Bestimmung des Tages für die Hauptverhandlung darauf Rücksicht genommen und derselbe sehr spät angesetzt werden, oder es würde die Ladung des Angeschuldigten und der Zeugen durch den Einspruch sofort vereitelt. Der Entwurf beläßt es daher bei der bisherigen Einrichtung, nach welcher die Ausschreibung der Hauptverhandlung erst erfolgt, sobald die Versetzung in den Anklagestand rechtskräftig geworden.

Die Entscheidung über den Einspruch konnte wegen der verhältnißmäßig geringen Zahl der Fälle, in welchen eine solche Entscheidung nothwendig sein wird, ohne Unterschied der Schwere der Anklage dem Oberlandesgerichte zugewiesen werden. Dieses hat dabei im Wesentlichen denselben Vorgang zu beobachten, wie er nach der Strafprozeßordnung von 1850 bei Fällung des Verweisungserkenntnisses der Anklagekammer

vorgeschrieben war, nur daß die Vertheidigungsschrift nach dem Entwurf bereits die Anträge der Staatsanwaltschaft und deren Gründe bekämpfen kann.

Für die Bedeutung des ergehenden Erkenntnisses sind die §§. 200—203 und 207 maßgebend, welche in ihrem Zusammenhange die Grenzen der dem Oberlandesgerichte bei dieser Entscheidung gestellten Aufgabe bestimmen. Die einzelnen Gründe, auf welche der Einspruch gestützt werden kann, sind nämlich in den §§. 201 und 202 derart bezeichnet, daß der Einspruch zurückgewiesen werden muß, wenn nicht entweder das in der Anklageschrift genannte Gericht als unzuständig erscheint oder sich hinsichtlich eines Anklagepunktes zeigt, daß kein Grund zur weiteren Verfolgung vorhanden sei (weil die Handlung an sich nicht, oder doch nur auf Verlangen des Betheiligten strafbar ist; weil ihre Strafbarkeit oder die Verfolgung wegen derselben ausgeschlossen ist, weil keine genügenden Verdachtsgründe gegen den Angeschuldigten vorhanden sind). Gegen die in der Anklageschrift enthaltene Benennung der strafbaren Handlung (gegen die Qualification der That) an sich ist daher kein Einspruch zulässig, soweit nicht durch die Aenderung der Qualification eine der beiden eben erwähnten Consequenzen begründet würde. Das Gericht hat daher die Sache nur in den bezeichneten zwei Richtungen zu prüfen und auf die Frage, in wieferne auf die dem Angeklagten zur Last gelegte Handlung jene gesetzliche Bestimmung passe, welche ihr die Anklageschrift beilegt, nur soweit einzugehen, als dadurch die unmittelbar nothwendige Entscheidung bedingt ist, ob überhaupt und ob vor diesem Gerichte, wegen der fraglichen That eine Hauptverhandlung abgehalten werden müsse. Es sei gestattet, die Bestimmung durch ein Beispiel zu erläutern. Gesetzt, der Angeschuldigte habe eine strafbare Handlung begangen, welche in der Anklageschrift als Betrug bezeichnet ist, während der Angeschuldigte behauptet, sie müsse als Veruntreuung angesehen werden, so liegt in der Regel kein Streit über eine Frage vor, die einer sofortigen Entscheidung bedarf; keine der beiden Auffassungen schließt aus, daß eine Hauptverhandlung abzuhalten und in derselben auch über die rechtliche Beschaffenheit der That zu urtheilen sein wird. Selbst wenn das über die Versetzung in Anklagestand erkennende Gericht die Ansicht des Angeschuldigten für die richtigere hält, ist es daher verpflichtet, der Anklage Folge zu geben. Gesetzt aber, es wäre erwiesen, daß der ganze aus der That entstandene Schade

rechtzeitig wieder gut gemacht worden sei, dann würde das Gericht, wenn es in der Handlung eine Veruntreuung findet, allerdings zu dem Ausspruche gelangen, daß der Anklage keine Folge zu geben sei, und hier wird es daher auf die Frage der Qualification eingehen müssen. In gleicher Weise könnte eine solche Nothwendigkeit eintreten, wenn durch die Qualification die Zuständigkeit bedingt ist. Außer diesen Fällen aber kann ein processualischer Gewinn dadurch auf keine Weise erreicht werden, daß die Qualification schon jetzt erörtert und richterlich festgestellt wird. Offenbar muß hierin die Ansicht des in der Hauptverhandlung erkennenden Gerichtes maßgebend und deßhalb der Anklage wie der Vertheidigung die freieste Erörterung der Rechtsfrage in der Hauptverhandlung vorbehalten sein. Dies ist im Entwurf (§§. 249, 250) auch vollständig berücksichtiget; eben darum aber würde es nutzlos sein, eine Discussion und eine richterliche Entscheidung über die für Niemand bindende und daher auch Niemand beeinträchtigende Benennung der strafbaren Handlung in der Anklageschrift zuzulassen; es würde dies ohne Noth Anlaß zu einer Collision zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gerichte geben, zu einer Collision, welche immer bedauerlich ist, es mag nun die Staatsanwaltschaft bei der Hauptverhandlung gegen die bereits vorliegende richterliche Entscheidung ankämpfen oder — im Widerspruch mit ihrer eigenen Ueberzeugung — sich ihr fügen. Wenn es ferner auch nicht immer zu vermeiden ist, daß divergirende Entscheidungen über dieselbe Frage von verschiedenen Gerichten gefällt werden, so ist doch jedenfalls zu wünschen, daß dies so selten als möglich geschehe; es ist daher ein beträchtlicher Gewinn, wenn dem das Endurtheil fällenden Richter nicht ein anderes vielleicht höher stehendes Gericht schon bei der Versetzung in den Anklagestand vorgegriffen hat.

Hierin eben zeigt sich die vortheilhafte Wirkung des Umstandes, daß nach dem Entwurf das Gericht die Anklage nicht erhebt und formulirt, sondern nur über den Einspruch des Angeschuldigten entscheidet, ob derselben „Folge zu geben" sei. Es ist eben darum gar nicht aufgefordert, sich über die Qualification einer Handlung auszusprechen, hinsichtlich welcher auch nach seiner Ansicht eine Hauptverhandlung vor dem bezeichneten Gerichte stattfinden muß.

Gelangt dagegen das Oberlandesgericht zu der Ueberzeugung, daß das in der Anklageschrift bezeichnete Gericht nicht zuständig sei, so sind zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden. Ist nach der Ansicht des Ober=

landesgerichtes ein anderes Gericht seines Sprengels zuständig, so ist es nichtsdestoweniger in der Lage, selbst über die Statthaftigkeit der Anklage urtheilen zu können; es geht also in die Sache ein, und wenn es der Anklage im Uebrigen Folge gibt, so verweist es die Verhandlung nur an das für diese zuständige Gericht. Anders dagegen, wenn das für letztere zuständige Gericht einem anderen Oberlandesgerichte untersteht; indem das Oberlandesgericht jenes Gericht als zuständig erkennt, muß es zugleich seine eigene Unzuständigkeit aussprechen, und (nach Rechtskraft seines eigenen Ausspruches) dem competenten Oberlandesgerichte das weitere Verfahren überlassen. (§. 201 des Entwurfes.)

Der Entwurf berücksichtigt außerdem noch zunächst jene Fälle, wo das Gericht einen Ausspruch in der Sache selbst nicht fällen kann, weil entweder ein Formgebrechen zu beseitigen, oder der Sachverhalt noch nicht genügend aufgeklärt ist. In beiden Fällen erfolgt eine vorläufige Zurückweisung der Anklageschrift, in Folge deren der Staatsanwalt entweder selbst das Formgebrechen der Anklageschrift verbessert, oder an den Untersuchungsrichter den Antrag auf Einleitung oder Ergänzung der Voruntersuchung richten muß. Eben dadurch ist dem Angeschuldigten, welcher ohne vorausgegangene Voruntersuchung angeklagt wird, die Möglichkeit geboten, die letztere zu erwirken, wenn er zeigen kann, daß dieselbe zu seiner Vertheidigung nothwendig sei. Der Wirkung nach unterscheidet sich die vorläufige Zurückweisung der Anklage von der definitiven dadurch, daß die letztere den Angeschuldigten gegen jede weitere Verfolgung schützt, die erstere dagegen dem Staatsanwalt das Recht sichert, sofort oder nach Schluß der Voruntersuchung eine neue Anklageschrift einzubringen. Eben deshalb aber mußte dafür gesorgt werden, daß die Wirkung der vorläufigen Zurückweisung nicht ungebührlich verlängert werden könne, weßhalb der Staatsanwaltschaft eine Frist von drei Tagen eingeräumt ist, innerhalb deren sie entweder die neue Anklageschrift überreichen oder die Sache (wieder) in die Hände des Untersuchungsrichters bringen muß. (§. 200 des Entwurfes.)

Wenn der Anklage Folge gegeben wird, ist noch über die auf die Ladung von Zeugen und Sachverständigen, auf die Verbindung oder Trennung mehrerer Anklagen, oder die Haft des Angeschuldigten gerichteten Anträge und Gegenanträge Beschluß zu fassen. (§. 203 des Entwurfes.) Der Entwurf stützt sich hier auf die Erwägung, daß, wenn

das Oberlandesgericht mit der Sache einmal befaßt ist, diese Fragen mit der erforderlichen Gründlichkeit von demselben behandelt werden können. Andererseits aber soll der Angeschuldigte nicht in die Lage gebracht werden, blos um dieser Nebenfragen willen, Einspruch erheben zu müssen, wie denn überhaupt darauf Bedacht genommen wurde, daß weder die Nichtanmeldung des Einspruches, noch die Zurückweisung desselben und die dabei ergehende Entscheidung wider den Angeschuldigten zum Präjudiz gereiche. Es bleibt ihm die vollste Freiheit der Vertheidigung in beiden Fällen gleichmäßig für die Hauptverhandlung gewahrt. (§. 207, Absatz 2.)

Eben dadurch wird auch dem in der Hauptverhandlung erkennenden Gerichte jene Freiheit gewahrt, deren es bedarf, um seinen Ausspruch, ungehindert durch Formschwierigkeiten, mit Recht und Wahrheit in Einklang bringen zu können.

Nur eine Beschränkung mußte gemacht werden. Es konnte nämlich auf den Vortheil nicht verzichtet werden, welchen das Verweisungssystem von 1850 dadurch gewährte, daß die Zuständigkeit schon vor der Hauptverhandlung definitiv festgestellt war. Das nach der Anklageschrift oder den durch dieselbe veranlaßten Urtheilen zur Hauptverhandlung berufene Gericht hat daher sich für zuständig zu erachten (§. 207 des Entwurfes), und es kann seine Zuständigkeit weder selbst in Frage stellen, noch darf sie von Anderen mehr angefochten werden.

Diese nothwendige Beschränkung kann einen sachlichen Nachtheil auch da nicht herbeiführen, wo sie hie und da wirklich zur Folge hat, daß die Sache vor einem an sich nicht zuständigen Gerichte verhandelt wird; es war beiden Theilen schon vor der Hauptverhandlung alle Gelegenheit geboten, die Zuständigkeitsfrage zur Erörterung zu bringen, und es kann daher die Competenz in keinem Falle durch einseitige Willkür begründet sein.

In Uebereinstimmung mit der Strafproceßordnung von 1850 macht indeß der Entwurf eine Ausnahme von der eben erwähnten Regel. Wie bereits gezeigt, haben die Anordnungen über die Versetzung in Anklagestand hauptsächlich die Bestimmung, dem in der Hauptverhandlung erkennenden Gerichte die vollste Freiheit der Entscheidung, insbesondere auch hinsichtlich der Qualification der That, zu sichern. Diese Freiheit ist in keiner Weise beeinträchtigt, wenn das erkennende Gericht eine gleich oder minder schwer strafbare Handlung in der That des An=

geklagten erblickt, oder wenn es zwar ein strengeres Gesetz als das in der Anklageschrift bezeichnete anwendbar findet, die Anwendung dieses strengeren Gesetzes aber seine Strafgewalt nicht übersteigt. Es mußte daher nur für jenen Fall eine Ausnahme gemacht werden, wo die Sache vor einer aus drei Richtern und einem Vorsitzenden bestehenden Abtheilung des Landesgerichtes verhandelt wird, und das Gericht in der Handlung des Angeklagten ein mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedrohtes Verbrechen erkennt. In diesem Falle bleibt nichts übrig, als daß der Gerichtshof seine Unzuständigkeit ausspricht (§. 249 des Entw.) Indeß ist im Entwurfe dafür Sorge getragen, daß die Folgen dieses Ausspruches deutlich hervortreten (268, Z. 6, §. 275, Z. 2), in soferne nämlich gegen denselben die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof offen steht, dessen Erkenntniß, sei es nun, daß es der Ansicht des Landesgerichtes entspricht oder ihr entgegentritt, für das weitere Verfahren maßgebend bleibt.

III.

Der beschränkte Einfluß, welcher der Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand im späteren Verfahren eingeräumt wird, mußte auch für die Frage maßgebend sein, welche Rechtsmittel gegen das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes eingeräumt werden sollten.

Zunächst konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß, soweit die Entscheidung des Oberlandesgerichtes auf der Abwägung der Thatsachen beruht, ein weiterer Rechtszug nicht mehr stattfinden soll. Dem Angeklagten gegenüber war das unbedenklich, weil für ihn die Entscheidung des Oberlandesgerichtes keine definitive Bedeutung hat, und ihm alle Gelegenheit geboten ist, in der Hauptverhandlung seine Unschuld darzuthun. Aber auch dem Ankläger konnte, mit Rücksicht auf die alle Gewähr ruhiger und gründlicher Prüfung bietende Stellung des Oberlandesgerichtes und auf die naturgemäße Beschränkung der Thätigkeit des Cassationshofes ein weiterer Rechtszug in dem Falle nicht offengehalten werden, wo das Oberlandesgericht die Verdachtsgründe nicht ausreichend gefunden hat, um der Anklage Folge geben zu können. Die Strafproceßordnung von 1850 hatte zwar bei den den Schwurgerichten vorbehaltenen Fällen einen Ausweg darin gesucht, daß sie das Verweisungserkenntniß des Cassationshofes auf Grund von in der Voruntersuchung vorgefallenen Nichtigkeiten anfechten ließ; allein der Entwurf konnte sich (aus Grün-

den, welche im Zusammenhange mit den für das System der Richtigkeiten überhaupt maßgebenden Erwägungen weiter unten im Abschnitte G dargelegt werden) diesem Vorgange nicht anschließen.

Anders verhält es sich dann, wenn das Oberlandesgericht durch den Ausspruch über die Zuständigkeit, oder indem es den Angeschuldigten außer Verfolgung setzt, das Gesetz unrichtig angewendet hat; für diesen Fall mußte die Richtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof offen gehalten werden, weil sonst die Entscheidung, als eine definitive, der späteren Prüfung durch den Cassationshof entzogen würde. Dieser Grund sprach zwar nicht dafür, auch dem Angeschuldigten die Richtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes einzuräumen; allein es schien billig, ihm auch dieses Vertheidigungsmittel nicht zu entziehen, zumal es, mit Erfolg ergriffen, doch dazu dient, eine Hauptverhandlung zu ersparen, welche, mit Rücksicht auf die Auffassung des Cassationshofes, doch nur auf einem weiten Umwege zur Freisprechung des Angeschuldigten führen würde. Es war die Zulässigkeit dieser Richtigkeitsbeschwerde um so unbedenklicher, weil es jedenfalls nicht vermieden werden konnte, dem Angeschuldigten hinsichtlich der Zuständigkeit und der Formwidrigkeiten der Versetzung in den Anklagestand den Zugang an den Cassationshof offen zu lassen. Es wäre zwar denkbar gewesen, ihm die Geltendmachung seiner hierauf Bezug nehmenden Beschwerden für die Hauptverhandlung und für die Richtigkeitsbeschwerde gegen das Endurtheil vorzubehalten; allein diese nachträgliche Geltendmachung von Formgebrechen würde öfter zur Vereitlung der ausgeschriebenen, vielleicht sogar zur Vernichtung der abgehaltenen Hauptverhandlung geführt und so große Unzukömmlichkeiten verursacht haben, welche jetzt vermieden werden. (§. 207 des Entw.) Aus diesen Erwägungen ging die Bestimmung des §. 204 des Entw. hervor, nach welcher die Richtigkeitsbeschwerde dem Generalprocurator und dem Angeschuldigten zusteht, wenn das Oberlandesgericht nicht gehörig besetzt war, oder den Generalprocurator nicht angehört oder das Gesetz unrichtig angewandt hat; außerdem aber noch dem Angeschuldigten wegen Verletzung der Vorschriften über Einbringung und Mittheilung der Anklageschrift.

E. Hauptverhandlung.

I. Hauptverhandlung im Allgemeinen.

So wie in den meisten anderen Materien, hält sich auch hier der Entwurf möglichst genau an die Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850, welche sich im Allgemeinen vollkommen bewährten. Nur in folgenden Punkten schienen eingreifende Veränderungen nothwendig:

1. Dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen ging, nach der Strafproceßordnung von 1850, die Verlesung des Verweisungserkenntnisses und der Anklageschrift, beziehungsweise die mündliche Entwicklung der Anklage, vorher. Hiedurch wurde aber nicht blos der Zweck vereitelt, um dessentwillen Zeugen und Sachverständige nach dem Aufrufe aus dem Sitzungssaal entfernt werden, sondern es wurde die Aufmerksamkeit des Angeklagten, der Richter und Geschwornen von der Anklage durch alle jene Zwischenfälle abgelenkt, welche sich beim Zeugenaufruf ergeben können. — Stellte sich durch letzteren heraus, daß eine Vertagung stattfinden müsse, so war auf die Verlesung der oft weitläufigen Actenstücke die Zeit vergebens verwendet worden. In Uebereinstimmung mit mehreren der neueren deutschen Gesetze (Hannover §. 188, Oldenburg Art. 266, Lübeck §. 188, preuß. Entw. von 1852 §. 354, Großherzogl. hessischer Entw. Art. 296, Bad. Entw. §. 232, Bremer Entw. §. 406) bestimmt der Entwurf, daß der Zeugenaufruf dem Vortrage der Anklage vorherzugehen habe.

2. Nach der Strafproceßordnung von 1850 wurde außer dem Verweisungserkenntnisse auch die Anklageschrift, wenn eine solche überreicht war, verlesen. Die mündliche Entwicklung der Anklage fand nur in jenem Falle statt, wo die Anklageschrift entfiel, weil die Anklage nicht auf eine mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte Handlung ging. Hierin mußte schon deßhalb eine Aenderung eintreten, weil nach dem Entwurfe das Verweisungserkenntniß entfällt, eine Anklageschrift dagegen jederzeit vorliegen muß. Es wird daher die Verlesung der Anklageschrift als ausnahmslose Regel hingestellt, und damit auch jenen Bedenken Rechnung getragen, welche sich überhaupt gegen eine mündliche Entwicklung der Anklage von Seite des Staatsanwaltes, ohne daß der Vertheidigung sofort das Wort zur Erwiderung gegeben wird, geäußert haben. Berück-

sichtigt man die S. 158 erwähnte Bestimmung des §. 196 des Entw. über den Inhalt der Anklageschrift, so muß man wohl anerkennen, daß die Lage des Angeschuldigten eine wesentliche Verbesserung erfährt, wenn nur dieses Actenstück zur Vorlesung gelangt, da die in demselben enthaltene Darstellung der Thatsachen schon deßhalb eine ruhigere und verläßlichere sein wird, weil sie mit mehr Ueberlegung zu Stande gebracht und nachfolgender Prüfung ausgesetzt ist. Noch wichtiger als die Beseitigung der mündlichen Anklage ist der Umstand, daß die Verhandlung der Regel nach nicht mehr mit der Verlesung eines richterlichen Erkenntnisses eröffnet wird, welches den Angeklagten für dringend verdächtig erklärt. Vielmehr hat der Entwurf (§. 232) in consequenter Festhaltung des Grundsatzes, daß die Anklage nicht von einem Gerichte, sondern von der Staatsanwaltschaft erhoben werde, dafür gesorgt, daß dieses Verhältniß auch bei Beginn der Hauptverhandlung klar hervortrete. Selbst in dem Falle also, wenn der Angeschuldigte gegen die Anklage Einspruch erhoben hat, und dieser Einspruch zurückgewiesen wurde, gelangt das hierüber gefällte Erkenntniß nicht zur Verlesung, und es erfahren daher namentlich die Geschwornen nicht, ob der Angeklagte auf den Einspruch verzichtet, oder ob er ihn vergebens erhoben habe, wodurch eben erreicht wird, daß der Angeklagte von seinem Einspruchsrechte Gebrauch machen kann, ohne hievon nachtheilige Folgen für die Hauptverhandlung besorgen zu müssen. — Nur in einem Falle ließ sich die Verlesung des über den Einspruch ergehenden Erkenntnisses nicht vermeiden, dann nämlich, wenn durch dasselbe einzelne Anklagepunkte beseitigt werden.

3. In Bezug auf die wichtige Frage der Zeugenbeeidigung kehrt der Entwurf (§. 235) zu der Einrichtung zurück, nach welcher die Beeidigung der Vernehmung vorausgeht. Der entscheidende Grund hiefür liegt darin, daß die entgegengesetzte Einrichtung den Gerichtshof nöthigt, nach jeder Aussage eine Art von Zwischenerkenntniß über die Erheblichkeit und über die Wahrheit der Zeugenaussage abzugeben, und daß dieses Erkenntniß, gefällt zu einer Zeit, wo die Sachlage noch nicht vollkommen klar ist, die Unbefangenheit des Gerichts, wo nicht gefährden, so doch als zweifelhaft erscheinen lassen kann, wohl auch von Zeugen, die später zu vernehmen sind, und selbst von den Geschworenen in dem Sinne mißdeutet werden kann, daß man daraus auf die Meinung des Gerichtes in der Hauptsache schließt. Ueberdieß ist zu berücksichtigen, daß die nach-

folgende Beeidigung den Zeugen nicht selten in eine höchst peinliche Lage versetzt, indem diese Einrichtung häufig zurFolge hat, das sich nach der Aussage ein Streit über die Beeidigung entspinnt, in welchem seine Ehrenhaftigkeit und Wahrhaftigkeit indirect bestritten wird, und das hierüber ergehende gerichtliche Erkenntniß, (welches natürlich beim leisesten Zweifel schon die Beeidigung ausschließt) der Ehre des Zeugen eine empfindliche Wunde schlägt.

Indeß schien es nothwendig, Ausnahmen von der Regel der nachfolgenden Beeidigung zuzulassen:

a) Handelt es sich um Personen, welche kraft der discretionären Gewalt des Vorsitzenden vorgeladen worden sind, so scheint es wünschenswerth, bei der Bestimmung der Strafproceßordnung von 1850 zu bleiben, nach welcher die Beeidigung keineswegs wie in Frankreich ausgeschlossen ist, sondern über dieselbe nach der Abhörung und nach Vernehmung der Parteien der Gerichtshof zu entscheiden hat. (§. 242 des Entwurfes.)

b) Was jene Zeugen betrifft, welche in der Voruntersuchung noch nicht vernommen wurden, aber nunmehr auf Verlangen der Anklage oder Vertheidigung vorgeladen sind; so kann ihre Beeidigung bis nach erfolgter Abhörung ausgesetzt werden, jedoch nur mit Zustimmung beider Parteien. Diese Ausnahme schien um so unbedenklicher, weil es überhaupt gestattet werden muß, daß die Beeidigung unterbleibt, wenn beide Parteien und das Gericht darüber einverstanden sind.

4. Zur Wahrung des Grundsatzes der Mündlichkeit schien es nothwendig, die Fälle genauer zu bestimmen, in welchen die Verlesung von Acten in der Hauptverhandlung stattfinden kann.

Die Strafproceßordnung von 1850 hatte zunächst dem das Verweisungserkenntniß fällenden Gerichte die Entscheidung über die Vorlesung von Acten anheimgestellt, ohne dabei irgend eine begrenzende Bestimmung aufzustellen (§. 226 der Strafproceßordnung von 1850). Eine solche enthält §. 281 der Strafproceßordnung von 1850 nur hinsichtlich jener Fälle, wo eine im Verweisungserkenntnisse nicht angeordnete Actenverlesung in der Hauptverhandlung beantragt wird. Nach dem Entwurfe (§. 240) fällt diese Unterscheidung gänzlich hinweg, und es kann daher eine Verlesung, abgesehen von dem Fall, wo Anklage, Vertheidigung und das Gericht darüber einverstanden sind, nur dann statt-

finden, wenn dieselbe durch das Gesetz ausdrücklich für zulässig erklärt ist.

Insbesondere ist in dieser Beziehung hervorzuheben, daß Protokolle über die Vernehmung von Mitangeschuldigten, Zeugen und Sachverständigen nur dann verlesen werden dürfen, wenn die Vernehmung dieser Personen in der Hauptverhandlung unmöglich ist, oder wenn dieselben in wesentlichen Punkten von ihren früheren Aussagen abweichen.

Zu den in der Strafproceß-Ordnung von 1850 angeführten Gründen, um derentwillen die Vorlesung von Actenstücken erfolgen kann, kömmt in der Strafproceß-Ordnung von 1853 (§. 241) der Fall hinzu, wo Personen, welche in der Voruntersuchung freiwillig ausgesagt haben, sich in der Hauptverhandlung der Aussage entschlagen; aus Gründen, welche bereits oben (C. I unter e) angeführt wurden, hält der Entwurf den entgegengesetzten Vorgang ein. Auch die Protokolle über die Vernehmung solcher Zeugen können nur dann vorgelesen werden, wenn die Vernommenen nicht persönlich erscheinen konnten.

So wichtig die Bestimmungen des §. 240 des Entwurfes für die Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit sind, so schien es doch nicht nöthig, sie unter die Sanction einer Nichtigkeitsandrohung zu stellen; liegt nämlich Einverständniß der Parteien vor, so darf wohl von einer Nichtigkeit nicht die Rede sein; im entgegengesetzten Falle aber muß ein Zwischenerkenntniß nach §. 233 erfolgen, wodurch der Weg zur Nichtigkeitsbeschwerde geöffnet ist.

5. Nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 ist die Verhandlung über die Strafe von der über die Schuld nur da getrennt, wo eine solche Trennung der Natur der Sache nach unvermeidlich ist, nämlich vor den Geschwornengerichten. Die Verordnung vom 11. Jänner 1852 hatte diese Trennung auch für die Verhandlungen vor jenem Richtercollegium unbedingt angeordnet, welches sie an die Stelle des Geschwornengerichtes setzte. Die Strafproceß-Ordnung von 1853 gestattet sowohl bei schwereren Verbrechen, als bei der Mittelclasse der strafbaren Handlungen diese Trennung, macht sie aber jederzeit von dem Ermessen des Gerichtshofes abhängig. Es schien angemessen, an dieser Einrichtung für die Mittelclasse der strafbaren Handlungen festzuhalten; da auch eine Verhandlung wegen eines Vergehens ungemein complicirt und schwerfällig sein kann. Andererseits ist es möglich, daß (in jenen Ländern, wo die Geschwornengerichte nicht eingeführt werden) auch bei der Verhandlung

über ein sehr schweres Verbrechen die Trennung als durchaus entbehrlich sich darstellt: allein mit Rücksicht auf den Vorgang der angeführten Verordnung von 1852 wurde für diese Fälle die Trennung für obligatorisch erklärt, sobald sie, sei es von Seite der Anklage oder von der Vertheidigung, begehrt wird. (§§. 244, 337, Absatz 2.)

6. Die Strafproceß-Ordnung von 1850 erkennt zwar den Grundsatz an, daß der Angeklagte, dessen Schuld nicht erwiesen werden kann, ein Recht darauf habe, vollkommen freigesprochen zu werden, und daß daher ein Erkenntniß, welches die Unschuld für zweifelhaft erklärt, nicht zuläſſig sei. Dieser Grundgedanke ist jedoch im Gesetze von 1850 nicht mit voller Folgerichtigkeit durchgeführt worden. Zunächst wird schon bei der Einstellung der Voruntersuchung ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen jenem Angeschuldigten gemacht, welcher ein Amtszeugniß darüber erlangt, daß sich alle gegen ihn vorgekommenen Verdachtsgründe behoben haben, und jenem, welchem nur bezeugt wird, daß kein Grund zu weiterer gerichtlicher Verfolgung gegen ihn vorhanden sei (§. 113 der Strafproceß-Ordnung von 1850). Es ist bereits früher bemerkt worden, daß der Entwurf (§. 104) auch diesen Unterschied beseitigt.

In demselben Sinne ist auch eine andere Verschiedenheit ausgeglichen, welche nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 bei dem die Hauptverhandlung beendigenden Erkenntnisse eintreten konnte. Ließ nämlich der Ankläger in der Hauptverhandlung die Anklage fallen, so erfolgte in der Regel nur die Einstellung der Hauptverhandlung. Es war jedoch die Zustimmung des Angeklagten erforderlich, welcher verlangen konnte, daß der Gerichtshof ein verurtheilendes oder freisprechendes Erkenntniß fällen solle, und welcher hieran auch ein rechtliches Interesse hatte, weil im Falle einer bloßen Einstellung die Wiederaufnahme des Verfahrens wesentlich erleichtert war (§. 391 der Strafproceß-Ordnung von 1850). Der Entwurf geht nun zunächst von der bereits früher erörterten Voraussetzung aus, daß der Rücktritt des Anklägers dem Richter die Entscheidung der Sache aus Händen nehme und namentlich die Verurtheilung des Angeklagten unmöglich mache. — Indem er nun weiter verfügt (§. 247, Zahl 2 des Entwurfes), daß in einem solchen Falle ein freisprechendes Erkenntniß ergehen müsse, beseitigt er die letzte Spur der Instanzentbindung und befreit alle Betheiligten aus dem peinlichen Dilemma, in das sie sonst gebracht würden: den Staatsanwalt, indem er bei dem Antrage auf Einstellung zu besorgen hatte,

daß der Angeklagte sich damit nicht begnügen und dann eine Verurtheilung desselben erfolgen könnte; — den Angeklagten, welcher sich entweder mit der immerhin bedenklichen Einstellung begnügen oder sich der Gefahr aussetzen muß, verurtheilt zu werden; Richter und Geschworene endlich, welche in die jedenfalls peinliche Lage gebracht werden können, gegen die Ansicht des öffentlichen Anklägers, einen Angeklagten verurtheilen zu müssen, welcher jeder Strafe entgangen wäre, wenn er nicht beharrlich bis an's Ende seine Unschuld betheuert hätte..

Aus Vorstehendem geht übrigens hervor, daß auch in der Verhandlung vor dem Geschwornengerichte, wenn der Ankläger von der Anklage zurücktritt, ehe die Geschwornen sich zur Berathung des Wahrspruches zurückziehen, der Anlaß für Einholung des letzteren entfällt und der Angeklagte durch Urtheil des Schwurgerichtshofes nach §. 247, Zahl 2 des Entwurfes freizusprechen ist.

7. Eine der wichtigsten und schwierigsten Fragen des Strafproceßrechtes ist es, ob und in welchem Umfange das Endurtheil von der Grundlage der Verhandlung (der Anklageschrift) abweichen könne. Ein Blick auf die betreffenden Bestimmungen der Strafproceß-Ordnung von 1850 beweist, daß diesen Schwierigkeiten durch sorgfältige Erwägung Rechnung getragen wurde; es scheint aber nicht, daß es gelungen sei, ein einfaches und klares, auf alle Fälle gleich anwendbares System aufzustellen, namentlich zeigt die Vergleichung der §§. 290, 291 und 302 mit den §§. 326, 328, 329 und 330 der Strafproceß-Ordnung von 1850, daß für das Verfahren vor dem Geschwornengerichte andere Grundsätze galten, als für das vor dem Bezirkscollegialgerichte. Konnte aber eine solche Divergenz schon damals nicht erwünscht sein, so ist es für den gegenwärtigen Entwurf, welcher die Möglichkeit berücksichtigen muß, daß über eine und dieselbe Art von strafbaren Handlungen hier ein Geschwornengericht, dort ein Collegium ständiger Richter abzuurtheilen haben werde, höchst wichtig, diese Verschiedenheit möglichst zu beseitigen.

Vor Allem ist es wichtig, den richtigen Gesichtspunkt zu gewinnen, von welchem die Sache betrachtet werden muß. Nicht selten bringt man sie ausschließlich zum Ankläger in Beziehung, erklärt diesen an die Anklage gebunden und behandelt jede Abweichung von derselben als eine Beeinträchtigung des Anklagegrundsatzes. Offenbar ist aber diese Auffassung der Frage eine einseitige. Der Ankläger kann nur zu Gunsten des Angeklagten eine bindende Erklärung abgeben; was er zum Nach-

theil desselben vorbringt, kann nur die Natur eines Antrages haben und das Gericht nicht binden; gerade deßhalb aber muß dem Ankläger gestattet sein, alles das zu beantragen, was das Gericht in der Lage ist, beschließen zu können. Eben deßhalb hat man sich davor zu hüten, daß dem Gericht die Freiheit der Beurtheilung nicht ungebührlich beschränkt werde, während man nur meint, dem Ankläger Schranken gesetzt zu haben.

Wie wiederholt ausgeführt wurde, ist die Bedeutung des Anklagegrundsatzes eine wesentlich negative: „wo kein Kläger, ist kein Richter." Durch diesen Grundsatz wird das Gebiet bezeichnet, welches zwischen Anklage und Vertheidigung ausdrücklich oder vermöge der gesetzlichen Vermuthung der Unschuld des Angeklagten streitig ist. Der Richter kann Niemand einer That schuldig erklären, deren er nicht angeklagt ist. Der Angeklagte muß seine Vertheidigung gegen die Anklage vorbereiten können, und die Verhandlung kann daher nur jene That umfassen, die ihm als Gegenstand der Verhandlung bezeichnet worden ist. Andererseits muß der Richter das Recht und die Pflicht haben, sein Urtheil, wenn und soweit er solches überhaupt abzugeben hat, mit den ihm durch die Verhandlung bekannt gewordenen Thatsachen und mit seiner Rechtsüberzeugung in Einklang zu bringen, d. h. das Gesetz nach bestem Wissen und Gewissen auf jene Thatsachen, über welche er abzuurtheilen hat, anzuwenden. Will man dies in Abrede stellen, so verfällt man einem Formalismus, von dem sich nach und nach ganz in dem oben bezeichneten Sinne selbst der Civilproceß befreit hat.

Namentlich kann die Stellung der Staatsanwaltschaft unmöglich so aufgefaßt werden, daß sie über das Gesetz, das sie anruft, und dessen Anwendung sie verlangt, disponirt oder auch nur disponiren will. — Es ist aus processualischen Gründen nicht zu vermeiden, daß sie in dem oft erörterten negativen Sinne über die Thatsachen disponire; ihr kommt es zu, die Personen zu bezeichnen, gegen welche, und die Vorfälle, wegen welcher die Thätigkeit des Strafrichters angerufen wird; aus processualischen Gründen, damit nämlich die Sache allseitig erörtert und von dem Gerichte in voller Unbefangenheit geprüft werde, muß verlangt werden, daß das Gericht seine Thätigkeit auf den durch die Anklage bezeichneten Gegenstand beschränke. Dieses Bedürfniß besteht aber blos hinsichtlich der Thatsachen; über die rechtliche Beurtheilung derselben wird allerdings die Staatsanwaltschaft eine Mei-

nung äußern müssen; allein es besteht kein Grund, das Gericht an diese Meinung zu binden.

Im Allgemeinen wird dies wohl auch kaum bestritten, wenigstens so lange die Ansicht des Gerichtes dem Angeklagten günstiger ist als der Antrag des Staatsanwaltes. Allein hierauf kann es überhaupt in dieser Frage nicht ankommen. Die Absicht jeder Proceßgesetzgebung muß offenbar darauf gerichtet sein, das Gesetz in seinem wahren Sinne richtig angewendet zu sehen, und im Zweifel muß jederzeit angenommen werden, daß jene Ansicht, für welche sich das Gericht entscheidet, die richtige sei. Es besteht also kein Grund, die Ansicht des Gerichtes der des Staatsanwaltes unterzuordnen, zumal der Letztere durch seine Stellung keineswegs darauf angewiesen ist, die dem Angeklagten ungünstigste Ansicht sich anzueignen. Oft ist es auch, besonders wenn noch nicht alle Consequenzen sichtbar sind, gar nicht möglich, sofort auszusprechen, welche Auffassung die dem Angeklagten ungünstigere sei; so kann z. B. in der That des Angeklagten ein schwereres Verbrechen, als das in der Anklage genannte, gefunden werden, und doch durch die Annahme des ersteren die Lage des Angeklagten sich günstiger gestalten, wenn das schwerere Verbrechen unter eine Amnestie fällt, wenn bei demselben die Verjährungsfrist von einem früheren Zeitpunkte an zu laufen beginnt, oder wenn dasselbe durch thätige Reue straflos wird. Nun wäre es aber offenbar unzulässig, das Gericht zu verhalten, die Entscheidung der Vorfrage über die Qualification der That von der Berechnung der hieraus sich ergebenden Folgen abhängig zu machen.

Ueberhaupt würde aber das Gericht, wenn es bei Beurtheilung der rechtlichen Natur der strafbaren Handlung über die Anklage nicht hinausgehen dürfte, in die Lage gebracht, entweder den Fall unter ein Gesetz zu bringen, unter welches er nach der Ansicht des Gerichtes nicht paßt, oder die Handlung straflos zu erklären, obgleich sie es nach der Ansicht nicht ist. (Hätte z. B. der Staatsanwalt die Handlung des Angeklagten als Veruntreuung angesehen, das Gericht aber fände, daß dieselbe unter den Begriff des Diebstahls falle, so müßte es, wenn es an die Anklage gebunden sein soll, entweder im Widerspruch mit seiner Ueberzeugung den Angeklagten der Veruntreuung für schuldig erklären, oder denselben gänzlich freisprechen.)

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß in der Regel die rechtliche Beurtheilung der That sich nicht verändern kann, ohne daß auch die

Darstellung des Sachverhaltes sich in einzelnen Punkten ändert, und daß daher eine solche Bestimmung leicht mißbraucht werden könnte, um einen von dem Gegenstande der Anklage ganz verschiedenen Sachverhalt in das Bereich der Beurtheilung zu ziehen. Gerade dieser Gefahr suchte die Strafproceß-Ordnung von 1850 durch die Aufstellung von Unterscheidungen zu begegnen, welche indeß zu künstlich sind, um nicht willkürlich zu erscheinen, und doch ihren Zweck nicht vollständig erreichen können.

Der Entwurf gibt daher diese Unterscheidung auf und gestattet dem Gerichte, „das Urtheil nach seiner rechtlichen Ueberzeugung, ohne an die in der Anklage enthaltene Bezeichnung des Verbrechens oder Vergehens gebunden zu sein, zu schöpfen," wenn es „erachtet, daß die der Anklage zu Grunde liegenden Thatsachen an sich oder in Verbindung mit den erst in der Hauptverhandlung hervorgetretenen Umständen eine andere als die in der Anklage bezeichnete strafbare Handlung begründen." (§. 291 des Entw. — Vgl. preuß. Entw. §. 368. Oldenburg Art. 326, Frankfurt Art. 235, Lübeck §. 211, großherz. hess. Entw. Art. 403, Brem. Entw. §. 430. Hamb. Entw. §. 179, Badischer Entw. §. 247, Württ. Entw. Art. 301, 309.)

Durch diese Fassung ist die Stellung des Gerichtes zu der Anklage nach beiden Seiten hin deutlich bestimmt: daß nämlich einerseits das Gericht die rechtliche Beschaffenheit der That in voller Freiheit würdige, andererseits sich aber auf jene That zu beschränken habe, welche den Gegenstand der Anklage bildet.

Es ist wohl nicht zu besorgen, daß die Bestimmung mißbraucht werde, um den Angeklagten wegen einer der Anklage fremden Thatsache zu verurtheilen, da die Verletzung des Grundsatzes leicht nachzuweisen, und gegen dieselbe vor den höheren Gerichten leicht Abhilfe zu erlangen wäre. (§. 268, Z. 8.) Andererseits würde der Angeklagte selbst wenig dabei gewinnen, wenn man allzuscharf jede Modification des Sachverhaltes als eine Veränderung des Gegenstandes der Anklage bezeichnen würde; müßte nämlich das Gericht aus diesem Grunde sich der Aburtheilung enthalten, so würde derselbe Grund auch bewirken, daß der Angeklagte durch das freisprechende Erkenntniß nicht gegen eine neue Anklage geschützt wäre. — Andererseits aber war es nothwendig, beide Theile und namentlich den Angeklagten gegen Uebereilung zu schützen. Es geschieht dies in doppelter Weise:

a) Das Gericht muß die Parteien über die veränderte Auffassung des Gegenstandes der Verhandlung hören; sie also, wenn sie nicht aus eigener Bewegung auf die Erörterung eingegangen sind, hiezu ausdrücklich auffordern.

b) Es wird insbesondere darauf aufmerksam gemacht, daß aus diesem Anlasse ein Vertagungsantrag gestellt werden kann, über welchen das Gericht entscheiden muß, ehe es in der Sache weiter geht und dessen ungerechtfertigte Zurückweisung einen Nichtigkeitsgrund bilden kann. (§. 268, Z. 4).

8. Unter einen durchaus verschiedenen Gesichtspunkt ist die Frage zu bringen, ob außer der in der Anklageschrift erwähnten That noch eine andere dem Angeklagten zur Last gelegte strafbare Handlung Gegenstand der Aburtheilung sein könne.

Da alle Bestimmungen der Strafprozeßordnung über die der Hauptverhandlung vorausgehenden Acte den Zweck haben, eine gründliche Vorbereitung der Anklage und Vertheidigung möglich zu machen, kann es offenbar nicht als unbedenklich erscheinen, wenn es gestattet sein sollte, mit Umgehung aller jener Vorsichtsmaßregeln über eine Beschuldigung abzuurtheilen, die erst in der Hauptverhandlung selbst zum Vorschein kömmt.

Vor Allem versteht es sich von selbst, daß Anschuldigungspunkte, welche schon früher vorlagen und durch Einstellung oder durch die Entscheidung über den Einspruch des Angeklagten beseitigt wurden, oder hinsichtlich welcher entschieden wurde, daß sie abgesondert zur Hauptverhandlung zu bringen seien, nicht trotzdem in die Hauptverhandlung einbezogen werden können.

Hinsichtlich anderer neu hervorkommender Anschuldigungen war indeß zu erwägen, ob es immer nothwendig und für den Angeklagten selbst immer vortheilhaft sei, wenn dieselben von der Hauptverhandlung unbedingt ausgeschlossen werden.

Der Umstand, daß sie erst später hervortreten, kann natürlich dem Angeklagten keinen Anspruch auf Straflosigkeit gewähren; es wird also dem Staatsanwalt auf sein Verlangen die selbstständige Verfolgung solcher neu entdeckter strafbarer Handlungen jedenfalls vorbehalten bleiben müssen; unter Umständen wird sogar die Entscheidung über den ursprünglichen Gegenstand der Anklage hiedurch verzögert werden.

Der Angeklagte hat daher kein unbedingtes Interesse sich der Einbeziehung solcher Anklagepunkte zu widersetzen, und es kommt daher nur darauf an, ihm im einzelnen Falle, wo ein solches Interesse aus besonderen Gründen besteht, die Wahrnehmung seiner Prozeßrechte zu sichern.

Der Entwurf schlägt daher folgende Einrichtungen vor:

a) Auch solche neu hervorgekommene Handlungen können nicht anders als auf Verlangen der Staatsanwaltschaft zur Aburtheilung gelangen; unterläßt es die Staaatsanwaltschaft, einen Antrag hinsichtlich derselben zu stellen, so muß sie das Gericht nicht blos jetzt unberücksichtigt lassen, sondern es könnte auch später eine Verfolgung wegen dieser Handlung nicht mehr stattfinden.

b) Findet die Verfolgung statt, so ist zunächst zu erwägen, ob die gegenwärtige Verhandlung auch auf den neuen Gegenstand auszudehnen sei. Hierüber sind beide Theile zu vernehmen und die Beantwortung dieser Frage hängt begreiflicher Weise davon ab, ob nach den Umständen des Falles die sofortige Aburtheilung ohne Gefährdung der Gründlichkeit und namentlich ohne Beeinträchtigung der Vertheidigung möglich sei.

Da dem Angeklagten Gelegenheit geboten werden muß, seinen etwaigen Antrag auf abgesonderte Behandlung der neu hervorgekommenen Sache vollständig zu begründen, und da gegen eine unbegründete Zurückweisung dieses Antrages durch die Nichtigkeitsbeschwerde (§§. 251, 268, Z. 4 des Entwurfes) Abhilfe erlangt werden kann: scheint der Angeklagte in seiner prozessualischen Stellung hinlänglich gesichert, zumal der Regel nach das Hinzutreten einer neuen strafbaren Handlung nach österreichischem Rechte nur einen Erschwerungsumstand begründet. Nur wenn dies letztere nicht der Fall ist, und die neu hervortretende Handlung die Anwendung eines strengeren Strafsatzes begründen würde, scheint es gerecht, die Einbeziehung derselben unbedingt von der Zustimmung des Angeklagten abhängig zu machen.

c) Wird der neue Anschuldigungspunkt nicht sofort erledigt, so sind wieder zwei Verfahrungsweisen möglich. Schon die Strafprozeßordnung von 1850 hatte berücksichtigt, daß das Auftauchen einer neuen Strafsache es nicht gerade zur Nothwendigkeit mache, daß auch die Entscheidung der ordnungsmäßig anhängig gemachten

Sache ausgesetzt, die vielleicht schon weit vorgeschrittene Verhandlung vereitelt und allen Anwesenden die Ungelegenheit bereitet werde, noch einmal in der Sache erscheinen zu sollen. Es kann daher nach den im Entwurfe getroffenen Anstalten für abgesonderte Behandlung zusammentreffender Strafsachen um so weniger einem Bedenken unterliegen, die erste Sache vollständig zum Austrag zu bringen, und selbst das Erkenntniß vollstrecken zu lassen, falls nicht in der zweiten Sache ein Todesurtheil zu gewärtigen ist (§. 252 und 253 des Entwurfes). Immerhin aber kann die neu hervorgekommene Sache mit der bereits anhängigen in solchem Zusammenhange stehen, daß die Sonderung nicht wohl möglich ist, ja daß der ganze Stand der Dinge geändert wird. Es ist daher dem Gerichte auch die Möglichkeit gewährt, die ganze Verhandlung auszusetzen. Geschieht dies, so muß hinsichtlich der neu hervortretenden That die Versetzung in Anklagestand ordnungsmäßig erwirkt werden, ja es kann vorkommen, daß auch die bereits zur Hauptverhandlung verwiesene Sache, weil sie jetzt unter einen neuen Gesichtspunkt fällt, in die neue Anklageschrift einzubeziehen ist (z. B. wenn ein neues Diebstahlsfactum hervortritt, und dadurch der Betrag von 300 fl. überschritten wird).

II. Hauptverhandlung vor dem Geschwornengerichte.

Außer jenen Aenderungen, welche sich als Consequenzen der bisher bereits dargelegten Abweichungen von den Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 darstellen, ist hier nur noch Folgendes hervorzuheben:

1. Die Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 über die Fragestellung an die Geschwornen standen zwar so wie sie, insbesondere auf Grund der amtlich veröffentlichten Formularien, gehandhabt wurden, mit den seitdem immer deutlicher hervortretenden Anforderungen der deutschen Wissenschaft keineswegs in Widerspruch.

Diese Forderungen gehen bekanntlich dahin, daß den Geschwornen nicht blos die Feststellung der nackten Thatsachen zugewiesen werde, sondern daß ihnen auch ihr Antheil an der Unterstellung der Thatsachen unter ein bestimmtes Strafgesetz gewahrt werde. Immer deutlicher wird es erkannt, daß es nicht angehe, die Geschwornen auf die Feststellung des rein Thatsächlichen zu beschränken, wenn man nicht Fragen von höchst bedenklicher

Weitläufigkeit stellen und doch noch in Gefahr gerathen soll, daß Thatmomente von entscheidender Wichtigkeit der Beurtheilung der Geschwornen entzogen und erst durch das Gericht dem Ausspruche der Letzteren hinzugefügt werden müssen. Nicht bloß in England befindet sich die Jury im unbestreitbaren Besitze des Rechtes, durch ihren Wahrspruch die ganze Schuldfrage zu lösen, den ganzen Inhalt des Strafurtheiles (die Strafbestimmung allein ausgenommen) festzustellen; auch in Frankreich, wo vom Anbeginn eine entgegengesetzte Auffassung auf das Bestimmteste ausgesprochen und theoretisch festgehalten wurde, ward dieselbe in der Anwendung jederzeit fast vollständig dadurch verläugnet, daß man die Frage nach dem Vorhandensein der gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung, Fragen, wie die: ob ein Beginn der Ausführung einer strafbaren Handlung vorhanden, ob das angezündete Haus als ein bewohntes im Sinne des Gesetzes anzusehen sei u, dgl., als bloße Thatfragen erklärte.

Ebenso war es auch unter der Herrschaft der Strafproceßordnung von 1850 durchaus üblich, die Fragen so zu formuliren, daß sich die Unterordnung der durch ihre einfache Bejahung festgestellten Thatsachen unter das Gesetz von selbst vollzieht, d. h. daß gerade da, wo die Subsumtion irgend zweifelhaft sein könnte, die Worte des Gesetzes selbst oder ganz unbestritten gleichbedeutende in die Frage aufzunehmen seien. Es liegt nicht ein Fall vor, in welchen principiell den Geschwornen die Berechtigung abgesprochen wurde, die Schuldfrage in ihrem vollen Umfange zu beantworten, d. h. die Thatsachen in ihrer Beziehung zum Gesetze zu prüfen und festzustellen, ob sie in jener Gestalt vorliegen, welche das Gesetz fordert.

Nicht minder aber ward auch der entgegengesetzten Anforderung entsprochen: es war anerkannt, daß eine blos allgemein gehaltene Behauptung nie Gegenstand einer an die Geschwornen zu richtenden Frage sein könne, daß vielmehr die Behauptung in einer Weise formulirt sein müsse, welche über die Identität des Gegenstandes der Frage und der Verhandlung keinen Zweifel läßt, und die Möglichkeit ausschließt, daß von zwei Geschwornen, welche die Frage bejahen, jeder etwas Anderes als erwiesen ansieht.

Unter diesen Umständen hätte es vielleicht zweckmäßiger scheineu können, die Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 über die Fragestellung an die Geschwornen wenigstens in der Hauptsache un-

verändert herüberzunehmen. Allein es durfte doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß dieselben Ausdrücke, welche dort gebraucht sind, oder sehr ähnliche, seither in anderen deutschen Staaten, sowie ursprünglich schon in Frankreich, vielfach in einer ganz andern Weise gedeutet wurden, und daß in diesen Ländern, wenngleich im Allgemeinen die Praxis dem früher Dargelegten entsprach, in einzelnen Fällen ein ganz entgegengesetzter Vorgang eingehalten und durch die Hinweisung auf den Wortlaut des Gesetzes als der allein berechtigte dargestellt wurde. Es kann nun nicht rathsam gefunden werden, daß ein neues Gesetz einen solchen Zustand des Schwankens in einer für das Schicksal des Geschwornenwesens entscheidenden Frage geradezu mitübernehme; man kann vielmehr mit Recht von ihm erwarten, daß es einerseits durch eine bestimmte Erklärung jedem Zweifel ein Ende mache, andererseits aber auch den Consequenzen des nunmehr bestimmt erkannten und ausgesprochenen Principes Rechnung trage.

Aus diesen Erwägungen sind die im Entwurf enthaltenen Bestimmungen über die Fragestellung an die Geschwornen hervorgegangen. Es ist zunächst mit Bestimmtheit ausgesprochen, einerseits, daß „alle gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung in die Frage aufzunehmen seien" und andererseits, daß „die besonderen Umstände der That nach Ort, Zeit, Gegenstand u. s. w., soweit beizufügen seien, als dies zur deutlichen Bezeichnung der That oder für die Entscheidung über die Entschädigungsansprüche nothwendig ist." (§. 366 d. Entw.) Durch die erstere Anordnnng ist den Geschwornen der ihnen gebührende Antheil an der Subsumtion der That unter das Gesetz gesichert, jener Antheil, welcher ihnen nicht versagt werden kann, ohne daß der eigentliche Zweck der Schwurgerichtseinrichtung gerade in den wichtigsten Fällen vereitelt wird. Nur so nämlich kömmt ein Wahrspruch zu Stande, auf welchen das Gericht das Gesetz unbedenklich anwenden kann; jede andere Art der Feststellung von Thatsachen legt dem Gerichte die Verpflichtung auf, zu erwägen, ob dieselben den gesetzlichen Merkmalen und zwar *allen* gesetzlichen Merkmalen vollkommen entsprechen, ob namentlich nicht neben den von den Geschwornen festgestellten noch andere thatsächliche Umstände bestehen, welche auf die Würdigung der ersteren Einfluß üben müssen — Fragen, zu deren Beantwortung das Gericht unmöglich blos dadurch gelangen kann, daß es den Wortlaut des Wahrspruches mit dem Wortlaut des Gesetzes vergleicht, häufig aber nur da=

durch, daß es dem Ausspruche der Geschwornen stillschweigend noch andere positive oder negative thatsächliche Annahmen, die es selbst aus der Verhandlung gewann, hinzufügt.

Ist nun aber deutlich erkannt und ausgesprochen, daß den Geschwornen vermöge der nothwendigen Formulirung des Wahrspruches die Unterordnung der Thatsache unter das Gesetz zukomme, so kann man sich auch der Ueberzeugung nicht länger entziehen, daß eben vermöge dieser Formulirung des Wahrspruches jede Abhilfe gegen die Rechtsirrthümer der Geschwornen ausgeschlossen sein würde. Ist es nämlich auch richtig, daß der Gerichtshof durch die Formulirung der Frage an der Subsumtion wesentlichen Antheil nimmt; ist es unverkennbar, daß der Vorsitzende die Geschwornen über das Gesetz und über die Bedeutung der im Gesetze gebrauchten gesetzlichen Ausdrücke zu belehren habe, und daß es eine Gewissenspflicht der Geschwornen sei, sich an diese Belehrung zu halten: so ist doch gewiß, daß die Gefahr einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes dadurch um so weniger ausgeschlossen erscheint, weil ja auch der Präsident bei der den Geschwornen ertheilten Belehrung von einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes ausgehen kann. Dennoch wird in einem solchen Falle die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Erfolg haben können, weil aus dem Wahrspruche jene speciellen Thatsachen nicht zu ersehen sind, deren unrichtige Beurtheilung die Geschwornen zu ihrem Ausspruche bestimmte.

Ist nun dieser Ausspruch ein verneinender, so kann in der That eine Abhilfe nicht gewährt werden; ließe sich nämlich auch nachweisen, daß hinsichtlich eines einzelnen Thatmomentes ein Rechtsirrthum bei den Geschwornen bestanden hat, so ist damit noch keineswegs der Beweis geführt, daß die Antwort der Geschwornen eine unrichtige sei, weil es ja noch immer möglich ist, daß die Geschwornen auch noch einen andern wesentlichen Thatumstand als nicht vorhanden ansahen. Anders verhält es sich dagegen umgekehrt, wenn die Antwort der Geschwornen eine bejahende ist; denn die Unrichtigkeit dieser Antwort ist dargethan, sobald auch nur hinsichtlich e i n e s wesentlichen Thatumstandes ein Irrthum der Geschwornen nachgewiesen ist.

Aus diesen Gründen kann nach dem Entwurfe auf den Fall der Bejahung einer Frage die Stellung von Zusatzfragen zu dem Zwecke verlangt werden, um ein in die Frage aufgenommenes gesetzliches Merkmal „auf das ihm entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückzuführen."

(§. 311, Absatz 4 des Entw.) Damit ist für die überwiegende Mehrzahl der Fälle und, was das Wichtigste, für alle Fälle, wo der Angeklagte schuldig gesprochen wird, die Möglichkeit geboten, Rechtsirrthümer der Geschwornen beim Gerichtshof und nachher beim Cassationshof anzufechten. Es sei noch gestattet, Beispiele anzuführen: Wenn eine absichtliche Tödtung im Zweikampfe stattgefunden hat, der Gerichtshof aber der Ansicht ist, daß eine solche Tödtung unter den Begriff des Mordes falle: so wird die Frage dem Wortlaute des §. 134 des Strafgesetzes angepaßt werden, den Umstand aber, daß ein Zweikampf stattgefunden habe, mit Schweigen übergehen. Vergebens würde einem solchen Wahrspruche gegenüber der Vertheidiger später vor dem Cassationshof geltend zu machen suchen, daß auch hier nur §. 161 des Strafgesetzes anzuwenden gewesen wäre. Würde auch der Cassationshof principiell seine Auffassung als die richtige ansehen, so wäre ihm doch nicht eine unrichtige Anwendung des Gesetzes constatirt, weil eben die Thatsache der Tödtung im Zweikampfe ihm nicht vorliegt. Zwar könnte in diesem Falle noch durch Vernichtung des Wahrspruches wegen mangelhafter Fragestellung Abhilfe geboten werden, allein doch nur um den Preis einer neuen Verhandlung, während der Entwurf die Möglichkeit gewährt, die Thatsache, auf welche es ankommt, sofort durch eine Zusatzfrage feststellen zu lassen. Geradezu nur auf diesem Wege wäre dagegen im folgenden Falle Abhilfe zu erlangen: Der Pfandschuldner hat seine in Gewahrsam des Pfandgläubigers befindliche Sache entwendet und verkauft; gesetzt nun, es hätte das Gericht unter dem Eindrucke der Bestimmung des §. 183, Absatz 2, die That unter den Gesichtspunkt des Diebstahls gebracht, die Geschwornen hätten, weil sie die verpfändete Sache als eine dem Verpfänder fremde ansahen, die Frage bejaht; so wäre gegen den Rechtsirrthum, den sie dabei begehen, keine Abhilfe zu erlangen, wenn der Angeklagte nicht begehren könnte, daß der Rechtsbegriff fremde Sache auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückgeführt, und ihm so die Möglichkeit gewahrt werde, das letztere der Beurtheilung des Cassationshofes zu unterwerfen.

Es muß übrigens bemerkt werden, daß zwar in solchen Fällen regelmäßig eine Zusatzfrage zu stellen ist; allein es ergibt sich aus §. 311, Absatz 2, daß es der Beurtheilung des Gerichtes überlassen ist, das thatsächliche Verhältniß dem gesetzlichen Merkmale in der Hauptfrage selbst gegenüberzustellen.

Minder wichtig sind einige andere Abweichungen von den Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850; auch sie sind indeß aus dem Bestreben hervorgegangen, die Ergebnisse der seit 1850 hervorgetretenen legislativen Arbeiten zu benützen, und Streitfragen abzuschneiden, welche inzwischen in der Schwurgerichtspraxis verschiedener deutscher Länder aufgetaucht sind. In dieser Beziehung ist Folgendes hervorzuheben:

a) Nach der Strafproceßordnung von 1850 war eine besondere Frage zu stellen, wenn behauptet wird, es sei die Strafbarkeit aufgehoben; der Entwurf (§. 307) erwähnt auch noch Zustände oder Thatsachen, welche die Strafbarkeit ausschließen würden. Ohne Zweifel war es schon im Sinne der Strafproceßordnung von 1850 gelegen, daß nach der Zurechnungsfähigkeit besonders gefragt werde; ja es war gerade diese Frage speciell ins Auge gefaßt, wie aus dem Wort Zustand (und aus §. 335 der Strafproceßordnung von 1850) hervorgeht. Dennoch läßt sich, wenn die Zurechnungsfähigkeit fehlt, nicht sagen, die Strafbarkeit sei aufgehoben, da sie in einem solchen Falle nie eingetreten ist. Die gegenwärtige Fassung beseitigt dagegen jeden Zweifel daran, daß beide Fälle gemeint seien: Gründe, welche das Eintreten der Strafbarkeit hindern, und Gründe, welche die bereits eingetretene Strafbarkeit ausschließen würden, wie Verjährung, thätige Reue u. s. w., welche letztere nach der Praxis und zum Theil sogar nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in anderen Ländern der Beurtheilung der Geschwornen entzogen sind.

Die Einrichtung der Strafproceßordnung von 1850, nach welcher Behauptungen dieser Art den Gegenstand einer besonderen Frage bilden, hat fast allgemeine Billigung gefunden, und es läßt sich nicht verkennen, daß dadurch die Aufgabe der Jury wesentlich erleichtert wird. Indeß darf nicht übersehen werden, daß die Einrichtung eine praktisch nicht unwichtige Consequenz habe. Wird eine besondere Frage hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit nicht gestellt, so ist diese Frage unbestritten in der allgemeinen mit enthalten; jene Geschwornen, welche die Zurechnungsfähigkeit als ausgeschlossen ansehen, werden die Hauptfrage mit Nein beantworten, und es genügt daher, daß ihrer fünf dieser Ansicht

sind, um den Angeklagten der Strafe zu entziehen. Anders, wenn eine Zusatzfrage gestellt wird; in diesem Falle nämlich müssen sich zur Bejahung derselben mindestens sechs Stimmen zusammenfinden. In soferne liegt nun allerdings in der Aufstellung der besonderen Frage eine Benachtheiligung des Angeklagten; allein sie wird vollkommen dadurch ausgeglichen, daß dem Gerichtshof die Verpflichtung auferlegt ist, jedesmal die Frage zu stellen, sobald eine entsprechende Behauptung vorgebracht wird.

Wird eine solche Zusatzfrage gestellt, so darf die Hauptfrage nicht mehr lauten: „Ist der Angeklagte schuldig? . . .?", sondern ist nur darauf zu richten: „Ob er die . . . Handlung begangen habe." (Vrgl. Großh. hess. Entw. Art. 353, Frankf. Art. 233.)

b) Die Bestimmung des §. 308 des Entw. hinsichtlich der eventuellen Fragen steht im Wesentlichen mit den Resultaten der neuesten legislativen Arbeiten Deutschlands und mit §. 250 des Entwurfes in Einklang. Die Thatsachen, welche der Anklage zu Grunde liegen, können durch Wegfall, Hinzutritt oder Veränderung einzelner Thatmomente eine so veränderte Gestalt erhalten, daß sie unter den Gesichtspunkt eines andern Delictes fallen.

Es treten hier indeß zwei Fragen hervor, welche beide mit großen Schwierigkeiten verbunden sind: Verträgt es sich mit richtigen processualischen Grundsätzen, daß eine andere That Gegenstand der Anklage, eine andere Gegenstand der Aburtheilung sei?

Diese Frage ist bereits oben (I. unter 7) ausführlich erörtert worden; und es muß hier nur bemerkt werden, daß kein durchgreifender Grund bestehe, von dem allgemein als richtig Anerkannten hinsichtlich der Schwurgerichtsfälle abzuweichen. Im Gegentheil bestehen für den Entwurf noch besondere Gründe, eine solche Abweichung zu vermeiden. Entweder nämlich läßt man wegen der neuen Gestaltung der Sache eine selbstständige, spätere Verfolgung zu: dann hat der Angeklagte in der Sache nichts gewonnen, das öffentliche Interesse aber wird durch die Verschleppung der Sache um weitere drei Monate und die Opfer, welche eine neue Schwurgerichtsverhandlung fordert, doppelt verletzt. Oder man erklärt die neue Verfolgung für unzulässig; dann ist eine Regel des materiellen Proceßrechtes, eine Anwendung

des Grundsatzes: Ne bis in idem! aufgestellt, welche ohne Verletzung des Rechtsgefühles nicht für die eine Classe von strafbaren Handlungen anerkannt, für die andere aber verläugnet werden kann. Noch viel weniger wäre es zu rechtfertigen, wenn bei gleicher Gestaltung der Sache die Entscheidung deshalb anders erfolgen würde, weil in dem einen Lande Geschwornengerichte bestehen, in dem andern nicht.

Nur in einer Hinsicht schien es angemessen, aus diesem Grunde einen Unterschied zu machen. Die Vertagung der Schwurgerichtsverhandlung und die Aussetzung derselben zur nächsten Schwurgerichtsperiode trifft natürlich den Angeklagten unverhältnißmäßig viel härter, als den Ankläger. Es schien also einerseits unbillig, auch hier wegen veränderter Gestaltung des Falles eine Vertagung auf Begehren beider Theile gleichmäßig, also auch zur weiteren Vorbereitung der Anklage zu gestatten, wie dies im §. 250 der Fall ist; andererseits ist eben deshalb nicht zu besorgen, daß der Angeklagte sich aus bloßer Chicane der sofortigen Aburtheilung widersetzen werde; und es schien daher billig, in dem Falle, wo die Handlung unter dem Gesichtspunkt eines strengeren Strafgesetzes gebracht werden soll, als welches in der Anklageschrift angeführt ist, das Recht zu ertheilen, sich der sofortigen Stellung einer solchen Eventualfrage zu widersetzen, wogegen andererseits aber der Staatsanwaltschaft die anderweite Verfolgung wegen der betreffenden Thatsachen vorbehalten wird. (§. 308, Absatz 2. Vrgl. Oldenburg Art. 326.)

Eine andere Frage ist die, wie sich hinsichtlich einer solchen Veränderung des in der Anklage eingenommenen Standpunktes der Gerichtshof und die Geschwornenbank zu einander verhalten müssen, — in wieferne das Gericht verpflichtet sei, eine Eventualfrage zu stellen?

Auch bei Beantwortung dieser Frage hielt der Entwurf an dem Bestreben fest, nach Möglichkeit einen Zustand herzustellen, in welchem jede im Strafproceß thätige Person ihrer eigenen gewissenhaften Ueberzeugung folgen kann, ohne besorgen zu müssen, störend in den Gang des Ganzen einzugreifen, dem Gewissen der Anderen Zwang anzuthun. Was speciell das Verhältniß der Richter- und Geschwornenbank betrifft, so ist unzweifelhaft, daß,

wenn letztere allein über die Feststellung des rein Thatsächlichen zu entscheiden hat, Beide gemeinschaftlich an der Subsumtion des concreten Factums unter das Gesetz arbeiten: der Gerichtshof durch die Art, wie er die Frage formulirt, die Jury dadurch, daß sie die Frage (ganz oder theilweise) verneint, wenn sie sich von der Congruenz des concreten und des gesetzlichen Thatbestandes zu überzeugen nicht vermag, im entgegengesetzten Falle aber sie bejaht. Gesetzt nun, es tauche die Frage auf, ob eine Eventualfrage zu stellen sei, so sind zwei Fälle möglich:

Ist der Gerichtshof der Ansicht, daß, den behaupteten Sachverhalt vorausgesetzt, allerdings nicht das in der Anklage bezeichnete, sondern ein anderes Verbrechen vorliege, so kommt es nicht darauf an, ob ihm eine solche Aenderung des Sachverhaltes mehr oder weniger wahrscheinlich oder unwahrscheinlich, möglich oder unmöglich erscheine; er ist jedenfalls, sobald die Behauptung aufgestellt wird, verpflichtet, die hier allein mögliche richterliche Entscheidung über dieselbe herbeizuführen, d. h. eine entsprechende Frage zu stellen. Andererseits aber kann auch ihm nicht das Recht bestritten werden, zum Zustandekommen eines gerechten Urtheils, so viel an ihm, beizutragen; er kann also auch ohne Antrag (allerdings aber nach Anhörung) der Parteien eine Eventualfrage stellen, wenn die Ergebnisse des Beweisverfahrens hiezu einen Anlaß bieten.

Ist dagegen der Gerichtshof der Ansicht, daß — den behaupteten Sachverhalt zugegeben — dennoch der Thatbestand eines bestimmten andern Delictes nicht vorliegen würde; so kann er auch die Eventualfrage nicht stellen, die er ja für den Fall der Bejahung als einen Theil seines Erkenntnisses zu acceptiren hätte. Er wird dann in dem Zwischenerkenntniß diese seine Auffassung der Sache manifestiren und damit der Partei die Nichtigkeitsbeschwerde offenhalten. Die Besorgniß, daß, wenn die Geschwornen sodann die Principalfrage verneinen, ein Schuldiger gegen den Willen der letzteren freigesprochen würde; kann für den Gerichtshof keinen Grund abgeben, dazu beizutragen, daß ein Urtheil zu Stande komme, welches mit dem Gesetz nicht in Einklang steht, und das der Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung

des Gesetzes durch die mit dem letzteren übereinstimmende Fassung der Frage entzogen ist.

c) Die Bestimmungen über die Zulässigkeit von Fragen wegen neu hervorgekommener strafbarer Handlungen stehen mit denen über das Verfahren vor einem Richtercollegium in Einklang.

d) Hinsichtlich der über Erschwerungs- und Milderungsumstände zu stellenden Fragen hielt der Entwurf an der Einrichtung der Strafproceßordnung von 1850 fest, wornach die Geschwornen nur um solche Umstände zu fragen sind, welche eine Aenderung des Strafsatzes bedingen. Es war um so weniger Grund vorhanden, die französische Einrichtung, vermöge welcher um „mildernde Umstände" im Allgemeinen gefragt wird, nachzuahmen, weil diese Einrichtung die Geschwornen nur zu leicht verleitet, sich mit einem ungenügenden Beweise zufrieden zu stellen, — weil sie einen Eingriff in das Recht der Strafbemessung enthält, welches nur von demjenigen befriedigend besorgt werden kann, der geübt ist, verschiedene Straffälle in ihrer Bedeutung gegen einander abzuwägen, — weil endlich die österreichischen Richter von dem ihnen zustehenden außerordentlichen Milderungsrechte einen sehr umfassenden Gebrauch machen. Auch würde die Annahme des französischen Systems die Berufung gegen den Ausspruch über die Strafe, wie der Entwurf sie einführt, unmöglich gemacht haben.

Es mußte übrigens bedacht werden, daß das österreichische Strafgesetz nicht selten bei der Bestimmung des Strafmaximums Ausdrücke, wie „bei besonders erschwerenden Umständen" u. dgl. gebraucht. Man ging von der Ansicht aus, daß in solchen Fällen in Wahrheit nur ein Strafsatz vorhanden sei, und daß nur da, wo namentlich im Gesetze aufgeführte Erschwerungs- oder Milderungsumstände vorliegen, die Anwendung eines andern Strafsatzes stattfinde (vgl. §. 268, Z. 11), weßhalb auch die Geschwornen nur um solche namentlich im Gesetze aufgeführte Umstände zu befragen sind.

2. Die Formel, mit welcher der Obmann den Ausspruch der Geschwornen verkündet, bezieht sich im Art. 348 des Code d'instruction crim. darauf, daß der Obmann den Wahrspruch getreu wiedergebe; damit steht auch der Ausdruck: devant Dieu et devant les hommes im Zusammenhang. Die Strafproceßordnung von 1850 bezieht dagegen

gen die feierliche Versicherung auf den Inhalt des Wahrspruches und muß deshalb, da der Wahrspruch in nicht öffentlicher Berathung zu Stande kam, die Worte „und vor den Menschen" weglassen. Man erachtete jedoch, daß die Beziehung auf Gott, welche in einem so feierlichen Augenblicke allerdings vollkommen angemessen erscheint, am passendsten dadurch eingeführt würde, daß die Geschwornen sich auf ihren Eid berufen. — Es wurde daher die Formel vorgeschlagen: „Die Geschwornen haben nach Eid und Gewissen die an sie gestellten Fragen beantwortet, wie folgt:" (§. 317 des Entwurfes.)

3. Nach den in den Jahren 1850 und 1851 gemachten Erfahrungen trägt es sich mitunter zu, daß sich bei Verkündigung des Wahrspruches ein Mißverständniß aufklärt, welches zwischen dem Obmanne und den einzelnen Geschwornen obwaltete. Der Entwurf verfügt daher, daß auch in dem Falle, wenn einer der Geschwornen behauptet, daß der verkündete Ausspruch nicht der wahren Meinung der Geschwornen entspreche, der Gerichtshof die Letzteren nochmals ins Berathungszimmer zurückzuweisen habe; da offenbar weder die einfache Zurückweisung eines solchen Protestes, noch eine öffentliche Debatte über die Vorgänge im Berathungszimmer zuläßig sein kann. (§. 318 des Entwurfes,)

4. In dem Falle, wo der Gerichtshof einstimmig der Ansicht ist, daß die Geschwornen sich in ihrem „Schuldig" geirrt haben, sind nach §. 338 der Strafproceßordnung von 1850 diese Geschwornen von der zweiten Verhandlung ausgeschlossen. Dagegen war es nicht verwehrt, daß einer der Richter, welche ihre Ansicht bereits öffentlich ausgesprochen haben, sich an der zweiten Verhandlung betheilige. (§. 398 des Entwurfes.) Der Entwurf füllt diese Lücken aus. (§. 319.)

5. Wenn die Geschwornen den Angeklagten für „nicht schuldig" erklären, so soll derselbe nach dem Entwurf (vergl. namentlich Bayern, Art. 198) nicht durch eine Verordnung des Vorsitzenden, sondern durch Erkenntniß des Gerichtshofes freigesprochen werden. (§. 321 des Entwurfes.) Zwar ist diesem Unterschiede eine wesentliche Bedeutung nicht beizulegen; allein es schien doch richtiger, wenn die Freisprechung des Angeklagten mit dem Grundgedanken der Schwurgerichtseinrichtung, dem Zusammenwirken von ständigen Richtern und Geschwornen, in Einklang gebracht wird. Zudem ist nach dem Entwurf auch im Falle der Freisprechung eine Nichtigkeitsbeschwerde zuläßig, welche wohl richtiger

gegen ein Erkenntniß, als gegen eine Verordnung des Vorsitzenden gerichtet wird.

Zugleich ward die aus dem französischen Rechte herübergenommene Unterscheidung zwischen Freisprechung (acquittement) durch die Geschwornen und Lossprechung (absolution) durch den Gerichtshof beseitigt. Der Entwurf sucht auch hier dem Gedanken der Einheit der Urtheisformel möglichst Rechnung zu tragen; auch mußte besorgt werden, daß der nach der jetzigen Gesetzgebung zwischen beiden Ausdrücken gemachte Unterschied verwirrend nachwirken könnte. (§. 324 des Entw.)

F. Berufung.

Für das mündliche, von gesetzlichen Beweisregeln losgezählte Strafverfahren bildet die Gestaltung der Rechtsmittel die wichtigste aber auch die schwierigste Aufgabe.

Es ist daher begreiflich, daß das System der Rechtsmittel, welches die Strafproceßordnung von 1850 (im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte) aufstellte, in der Anwendung mancherlei Bedenken erregte, und daß überhaupt unter den Gegenständen, mit welchen die Literatur des Strafprocesses in den letzten Jahren sich am lebhaftesten beschäftigte, die Erörterung des französischen Systems der Rechtsmittel wohl den ersten Platz einnimmt.

Eine besonders hervorragende Bedeutung mußte aber diese Frage für die Feststellung der Grundzüge des vorliegenden Entwurfes haben, da es sich um eine Strafproceßordnung handelt, welche für alle im engeren Reichsrathe vertretenen Länder ohne Unterschied, ob in denselben die Geschwornen Eingang finden oder nicht, Geltung haben soll.

Die Strafproceßordnung von 1850 unterwirft jeden Ausspruch ständiger Richter über die Thatsachen einer wiederholten Prüfung durch ein höheres Gericht, während der Inhalt des von den Geschwornen abgegebenen Wahrspruches jeder weiteren Prüfung durch ein höheres Gericht entzogen ist. Als die Verordnung vom 11. Jänner 1852 die Schwurgerichte beseitigte, und ein verstärktes Richtercollegium an deren Stelle setzte, übertrug sie die Inappellabilität auch auf die Aussprüche dieser Collegien, rief aber damit die Inconsequenz hervor, daß ein Rechtsmittel, welches gegen Urtheile in minder wichtigen Sachen zugelassen war, ausgeschlossen wurde, sobald das im Wesentlichen auf gleiche Art zu Stande kommende Urtheil eine wichtigere Sache betraf.

Es konnte keinem Zweifel unterliegen, daß diese Inconsequenz, welche nur in einem Uebergangszustande erträglich war, nicht die Grundlage einer dauernden Einrichtung werden dürfe, daß also alle von ständigen Richtercollegien gefällten Erkenntnisse gleichmäßig der Berufung unterworfen oder ihr gleichmäßig entzogen sein müßten. Beide Eventualitäten sowie die Möglichkeit einer principiellen Umgestaltung des Systems der Berufung wurden wiederholt auf das Eingehendste erörtert.

Bei dieser Erörteruug mußte in Erwägung gezogen werden:

I. Ob es möglich sei, das Berufungssystem der Strafproceßordnung von 1850 beizubehalten, und dort, wo die Schwurgerichte ausgeschlossen bleiben, auch auf Urtheile wegen schwerer Verbrechen auszudehnen?

II. Ob es möglich sei, die dagegen sich zeigenden Bedenken durch Modificationen dieses Berufungssystems zu beseitigen?

III. In wieferne es möglich sei, die Berufung fallen zu lassen, ohne eine fühlbare Lücke in den Strafproceß zu bringen?

I.

Eine sorgfältige und unbefangene Prüfung des Instituts der Berufung, wie es die Strafproceßordnung von 1850 herstellt, mußte die Ueberzeugung begründen, daß dieses Institut schon da, wo es auf die Mittelclasse der strafbaren Handlungen beschränkt ist, an wesentlichen Uebelständen leide — wenigstens in Bezug auf die in zweiter Instanz erfolgende Behandlung der Thatfrage — und daß noch viel weniger die Ausdehnung desselben auf das Verfahren wegen schwerer Verbrechen als rathsam erscheine.

A. Der Ausspruch der Berufungsbehörde über die Thatfrage ist völlig ungebunden nach unten hin und für immer unanfechtbar nach oben. Obgleich nämlich das Bezirkscollegialgericht weder an Zahl noch in Bezug auf die Stellung der einzelnen Richter beträchtlich niedriger steht, kann doch das Landesgericht seinen Ausspruch ganz nach eigener Einsicht abändern und selbst in sein Gegentheil verkehren, ohne daß dem durch diese Abänderung Verkürzten ein Mittel bleibt, vor einem höheren Richter die Lösung des Widerspruches zwischen den zwei nicht conformen Urtheilen zu suchen; ja es kann geschehen, daß der inappellable Ausspruch,

wodurch das **einstimmige** Erkenntniß des Bezirkscollegialgerichtes in sein Gegentheil verkehrt wird, durch **einfache** Stimmenmehrheit erfolgt, daß somit bei Zusammenzählung aller Stimmen **fünf gegen** und **drei für** jene thatsächliche Annahme sich ausgesprochen haben, welche dem landesgerichtlichen Erkenntnisse zu Grunde liegt, und welche selbst der Cassationshof als die unabänderliche Grundlage des seinigen anerkennen muß.

Bei dieser Sachlage sollte man erwarten, daß wenigstens das vor der Berufungsbehörde stattfindende Verfahren in der sorgfältigsten Weise geordnet sei, und die volle Sicherheit dafür gewähre, daß die Berufungsbehörde alle Materialien der Entscheidung vollkommen deutlich und besser, oder doch wenigstens ebenso gut, als die erste Instanz überschaue.

Dem ist aber keineswegs so. Während nämlich in der ersten Instanz das ganze Verfahren durch das Gesetz auf das Vorsichtigste geregelt ist, während durch genaue Vorschriften bestimmt ist, welche Beweismittel zur Kenntniß des Richtercollegiums gelangen dürfen, während die Androhung der Nichtigkeit den wichtigeren unter diesen Bestimmungen eine erhöhte Bedeutung gibt; stellt das Gesetz in der zweiten Instanz dem Ermessen des Gerichtes, ja man kann sagen dem Zufall fast Alles anheim.

Es hat nämlich die zweite Instanz lediglich nach ihrem Ermessen darüber zu entscheiden:

1. Ob überhaupt neue Beweise, und in welchem Umfange sie zugelassen werden sollen; im Falle der Zulassung aber
   a) ob die neuen Beweise durch einen hiezu abgeordneten Richter vorläufig zu erheben seien oder nicht;
   b) ob das Ergebniß solcher Vorerhebungen unmittelbar in die öffentliche Sitzung zu verweisen, oder erst noch einer vorläufigen nicht öffentlichen Berathung zu unterziehen sei.

2. Ob das Beweismaterial, welches der ersten Instanz vorlag, der Berufungsbehörde unmittelbar nochmals vorgeführt, oder ob darüber lediglich aus den Acten berichtet werden soll.

3. Ob der Angeklagte, wenn er seine Zuziehung nicht selbst verlangt, bei der Verhandlung zu erscheinen habe oder nicht.

Die Bedeutung dieser Vorfragen kann nun aber nicht hoch genug angeschlagen werden.

Die Erfahrungen, welche seit der Einführung des mündlichen Strafverfahrens in Oesterreich gemacht worden sind, haben auf eine jeden Widerspruch vollständig beseitigende Weise dargethan, daß eine Verhandlung, die sich lediglich auf Protocolle stützt, in ihrem Werth für die Feststellung der Wahrheit sich gar nicht vergleichen lasse mit einer Entscheidung auf Grund unmittelbar vernommener Aussagen. Daraus folgt, daß die Verläßlichkeit des in zweiter Instanz ergehenden Ausspruchs wesentlich von den eben erwähnten vorläufigen Entscheidungen abhängt.

Dennoch stellt das Gesetz dieselben, wie gesagt, lediglich dem Ermessen der Berufungsbehörde anheim; es gibt dieser keinen Maßstab an die Hand; ja es bietet nicht einmal irgend eine processuale Garantie dafür, daß ihre Entscheidung wenigstens eine ruhig und reiflich erwogene, auf klarer Uebersicht der Sachlage beruhende, daß sie endlich eine unbefangene sei. Das Gesetz schweigt hierüber gänzlich, und man kann nur aus dem Zusammenhange schließen, daß hiefür die Bestimmung des §. 379 maßgebend sei, daß also die Entscheidung, nach Anhörung des Staatsanwaltes, in nicht öffentlicher Sitzung von vier Richtern und einem Vorsitzenden erfolge. Man muß ferner wohl annehmen, daß diese fünf Richter in der Regel dieselben seien, welche die öffentliche Sitzung abhalten, daß schon zu dieser Zeit ein Referent bestellt sei, welcher die Acten bereits vollständig studirt hat, ja daß er bereits in dieser Sitzung den im §. 382 erwähnten Vortrag erstattet, was freilich den Uebelstand zur Folge hat, daß dieselben Richter dasselbe Referat später öffentlich noch einmal vernehmen. Man muß freilich annehmen, daß diese Formalitäten beobachtet werden, allein die Parteien haben kein Mittel, die Vernachlässigung derselben zu entdecken, oder sich Abhilfe dagegen zu verschaffen. Zu bemerken ist insbesondere, daß gegen diese Entscheidung kein Rechtsmittel offen steht, auch nicht in Verbindung mit dem gegen das Endurtheil, und daß bei der Berathung die Staatsanwaltschaft durch Rede und Schrift, der Angeklagte nur durch die letztere vertreten ist, daß die Richter ihren Ausspruch thun, ohne die volle Kenntniß der Sachlage, die sie ja erst aus der öffentlichen Verhandlung, welche außerdem überflüssig wäre, gewinnen sollen.

So muß man zugeben, daß das Gesetz die Grundlage der öffentlichen Appellverhandlung vollständig dem individuellen Ermessen, d. h.

dem Zufall, preisgegeben hat; denn wenn ein Gericht sich auf dem Boden des Gesetzes befindet, sobald es auch nur auf Grund eines dürren Actenauszuges urtheilt, und nicht minder auf dem Boden des Gesetzes bleibt, wenn es eine förmliche Voruntersuchung pflegen läßt und auf Grund derselben eine vollständige Wiederholung der ersten Hauptverhandlung vornimmt: so ist es eben in der Lage, sich das Proceßgesetz von Fall zu Fall selbst vorschreiben zu dürfen und zu müssen. Glaubt man aber, daß dieser Uebelstand mit dem Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit der Richter und mit der Nothwendigkeit, der Individualität des Falles Rechnung zu tragen, entschuldigt werden könne, so ist das eine Entschuldigung, aus welcher man auch die Entbehrlichkeit jedes Proceßgesetzes ableiten könnte.

Die Erfahrungen der Jahre 1850 ff. haben in der That auch bewiesen, daß die Unbestimmtheit des Gesetzes große Divergenzen in der Anwendung desselben hervorrief. Nach den statistischen Berichten über die Jahre 1850 und 1851 kamen im Königreiche Böhmen in diesen zwei Jahren 447 Berufungen wegen Verbrechen oder Vergehen vor; in 52 Fällen fand ein neues Beweisverfahren Statt (Verhältnißzahl: über 11 Procent). Im Sprengel des Oberlandesgerichts-Senates zu Trient kamen auf 183 Berufungen dieser Art 8 Fälle eines neuen Beweisverfahrens (etwas über 4 Procent); in Nord-Tirol kam im Jahre 1851 auf 96 Berufungen nur 1 Fall. Im Oberlandesgerichts-Sprengel Triest kam 1850 und 1851 auf 126 Berufungen 1 Fall ($^4/_5$ Procent); in Krain fand sich unter 127 Berufungen 1 Fall. In Kärnten kamen 35 solche Berufungen vor, ohne daß ein neues Beweisverfahren stattfand. Ebenso fand im Jahre 1850 in Steiermark in der Zeit vom 1. Juli bis Ende December nur in einem Falle im Verfahren wegen Verbrechen und Vergehen ein neues Beweisverfahren statt.

Kömmt es nun zur öffentlichen Verhandlung, so überläßt es das Gesetz wieder ganz dem Ermessen des Referenten, in wie weit er es „zur Beurtheilung der vorgebrachten Beschwerden erforderlich“ findet, das Thatsächliche des Falles, den bisherigen Verlauf der Sache zu berichten.

Das Material seines Vortrages schöpft er wesentlich aus drei durchaus verschiedenen Quellen:

1. Aus den Acten der Voruntersuchung, ohne Unterschied, ob von denselben in der Hauptverhandlung Gebrauch gemacht worden oder nicht,

ob die Personen, deren Aussage protokollirt ist, vor dem Appellhof erscheinen werden oder nicht;

2. Aus dem Protokoll über die Hauptverhandlung, einem jederzeit und namentlich nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 durchaus unverläßlichen Actenstück. (Selbst im Königreich Sachsen, wo das Protokoll von zum Richteramte befähigten Personen geführt und unmittelbar nach dem Schlusse der Hauptverhandlung öffentlich verlesen wird, hat man sich mehr und mehr von der Unverläßlichkeit dieser Protokolle überzeugt.)

3. Aus den Entscheidungsgründen, welche nicht selten Angaben über die factischen Ergebnisse der Hauptverhandlung enthalten, deren Benützung namentlich dann sehr bedenklich ist, wenn sich die Berufungsausführung oder Gegenausführung darüber nicht ausspricht.

Schwerlich dürfte es möglich sein, den Vortrag so einzurichten, daß jedem der Stimmführer klar wird, aus welcher dieser drei Quellen jede einzelne thatsächliche Angabe geschöpft sei. Noch schwerer dürfte es sein, durch diesen Vortrag dafür zu sorgen, daß das Hauptmaterial des Processes nicht durch die Aussagen einzelner vorgerufener Zeugen, durch die Persönlichkeit des Angeklagten oder Beschädigten, daß es endlich nicht durch die Plaidoyers, welche hier ganz anders, als in erster Instanz, einseitig und oberflächlich sein müssen, in den Hintergrund gedrängt werde.

Daß dies auch in der Praxis empfunden werde, läßt sich nicht in Abrede stellen. Es sei gestattet, einen amtlichen Bericht einer Staatsanwaltschaft anzuführen, wo die Thatsache, daß das Landesgericht selten Zeugen vorrufe, damit erklärt wird, dasselbe gehe von der richtigen Voraussetzung aus, „daß die Abhörung eines oder des anderen Zeugen doch nur ein einseitiges Bild gewährt, und dem trockenen Referate über das Thatsächliche des Falles gegenüber einen überwiegenden Einfluß hervorbringen dürfte, der keine Gewährschaft der Wahrheit an sich trägt." „Das Referat über das Thatsächliche des Falles," heißt es daselbst weiter, „genügt allerdings, um mit hinlänglicher Klarheit die wesentlichen Punkte zu bezeichnen, wenn es sich nur darum handelt, die rechtliche Beurtheilung des Factums, ob z. B. Diebstahl oder Betrug auszusprechen, — und das Mehr oder Minder der Strafe zu berechnen, und insbesondere scheint diese Art des Vortrages ganz passend für die Fälle der Cassation, die immer auf bestimmte Punkte zurückgeführt werden müssen; — allein ganz anders ist es bei den oft verwickelten

und zweifelhaften Fällen über die bestrittene, vom Angeklagten geläugnete Schuld. Hier bietet die nackte Herzählung der Thatsachen und die Verlesung des Urtheils nach der bisherigen Erfahrung ein so mattes Bild, daß gerade die fähigsten unter den Richtern laut darüber klagen, wie schwer es ihnen wird, sich daraus eine klare und selbstständige Ueberzeugung zu verschaffen, die nach unserem dermaligen Gesetze vom zweiten Richter so gut als vom ersten gefordert wird. Wir würden eigentlich die Vorführung der Hauptverhandlung zum zweiten Male benöthigen, um das Bild auch vor dem neuen, dem zweiten Richter, gehörig zu reconstruiren, allein dies ist kaum möglich, und so bleibt denn der zweite Richter darauf angewiesen, sich in todten Buchstaben und Referaten so gut als möglich zu orientiren. Gerade hierin liegt aber ein greller Widerspruch mit dem sonst in der neuen Strafproceß-Ordnung consequent durchgeführten Grundsatze, daß der Beweis von Thatsachen nur auf der durch unmittelbare Anschauung in mündlicher Verhandlung gewonnenen freien Ueberzeugung des Richters beruhe, — und für diese unmittelbare Anschauung gibt es keinen Ersatz, weder in der Herzählung der Thatumstände und des bisherigen Verlaufes der Sache, noch in der Ablesung der Entscheidungsgründe, da es offenbar ganz unmöglich ist, seine feinen, ganz subjectiven Wahrnehmungen in Worten wiederzugeben, wodurch sich in zweifelhaften Fällen die Ueberzeugung des vergleichenden Psychologen, des denkenden Richters entscheidet."

Bei so durchaus unverläßlicher Grundlage kann man kaum glauben, daß nach dem Sinne des Gesetzes der Berufungsrichter für die der Berufung unterworfenen Fragen wirklich sich ganz an die Stelle des ersten Richters zu setzen, und seinen Ausspruch lediglich auf seine selbstständig gewonnene Ueberzeugung zu stützen habe. In der That nimmt man vielfach an, er habe lediglich das Urtheil der ersten Instanz mit Rücksicht auf die gegen dasselbe vorgebrachten Einwendungen zu prüfen. So aufgefaßt, können die der Berufungsbehörde vorliegenden Materialien allerdings als ausreichend betrachtet werden, wenn der Berufungsrichter von der Voraussetzung der Richtigkeit des ersten Urtheils ausgeht, und in seinem Urtheil lediglich auszusprechen hat, ob die vorgebrachten Gegengründe jene Voraussetzung erschüttert haben oder nicht; man begreift es, daß er in letzterem Falle die Berufung als unbegründet zurückweist; daß er aber sich im Stande sehen könnte, in ersterem Falle aus den lückenhaften Materialien, die ihm vorliegen, sich eine positive

Ueberzeugung zu bilden und ein anderes Urtheil an die Stelle des ersten zu setzen, ist nicht wohl abzusehen.

B. Aber auch wenn man diesen allerdings für sich allein schon entscheidenden Punkt ganz bei Seite setzt, zeigt sich noch ein anderes auffallendes Gebrechen des Gesetzes von 1850, welches die Bestimmungen über die Berufung geradezu in Widerspruch mit dem ganzen System dieses Gesetzes bringt. Nach §. 384 soll nämlich das Landesgericht, wenn es das erste Erkenntniß wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten des Verfahrens aufhebt, zugleich unter Nachholung oder Verbesserung der mangelhaft befundenen Proceßhandlung in der Sache selbst das Endurtheil fällen. Hierin liegt nun ein entschiedener Widerspruch mit dem Grundgedanken, auf welchem das Nullitätssystem beruht. Indem der Gesetzgeber für den entscheidendsten Act des Processes die Schriftlichkeit und mit ihr die Möglichkeit fallen ließ, den inneren Werth des vorgenommenen Actes später noch zu prüfen, empfand er das Bedürfniß, ihn mit schützenden Formen zu umgeben, deren Beobachtung eine Garantie jenes inneren Werthes sein sollte, und deren Nichtbeobachtung das Vertrauen in den Werth des processualischen Vorganges ausschließen muß. Indem er dem Richter gestattete, sein Urtheil auf eine Grundlage zu stellen, welche später nicht reproducirt werden kann, indem er ihn dabei von jeder Beweisregel entband, konnte er sich die Nothwendigkeit nicht verhehlen, wenigstens dafür Sorge zu tragen, daß das Beweisverfahren ein regelmäßiges und geordnetes und der Richter der Einwirkung durchaus unverläßlicher Beweismittel entzogen sei. Eben weil sich später nicht feststellen läßt, welches einzelne Moment der Verhandlung für sich allein oder in Verbindung mit anderen, die Ueberzeugung des Richters bestimmt habe, ziehen solche Unregelmäßigkeiten des Verfahrens die Nichtigkeit des auf letzteres gestützten Erkenntnisses nach sich.

Es ist daher in der That unbegreiflich, wie das französische Gesetz, dem das unsrige hierin nur folgte, dem Richter gestatten kann, nachdem er das erste Erkenntniß wegen Unregelmäßigkeit des Verfahrens aufgehoben, in der Sache selbst, ohne auch nur jenes aufgehobene Verfahren zu übersehen, das Urtheil zu sprechen. Eine solche Vorschrift läuft nun darauf hinaus: Das erste Urtheil wird aufgehoben, nicht weil es in sich einen Fehler trägt, sondern weil das Verfahren, auf das es sich stützt, eine Nichtigkeit enthält, und dennoch erhält das neue Urtheil in

der Hauptsache keine andere Grundlage, wenn es überhaupt eine hat, als eben jenes mit Nichtigkeit behaftete Verfahren.

Allerdings weist die Strafproceß-Ordnung von 1850 das Landesgericht an, zuvor die mangelhaft befundene Proceßhandlung nachzuholen oder zu verbessern, allein da die Ueberzeugung des Richters sich nicht auf die einzelnen Beweismittel, sondern auf den Eindruck stützen soll, welchen das Gesammtergebniß des Beweisverfahrens auf ihn macht, so ist nicht abzusehen, wie durch Nachholung oder Verbesserung eines einzelnen Proceßactes vor einem Richter, welcher die übrige Verhandlung nicht mit angehört hat, etwas gewonnen sein soll.

Es sind hier offenbar zwei verschiedene Dinge miteinander verwechselt; es ist nämlich allerdings denkbar, daß auch später sich noch erkennen läßt, es habe die Verletzung einer im Allgemeinen nothwendigen Proceßvorschrift im gegebenen Falle unmöglich einen nachtheiligen Einfluß üben können. (Z. B. wenn die Nichtigkeit sich auf einen Theil des Verfahrens bezieht, welcher mit dem der Berufung unterzogenen Punkte des Urtheils in keinem Zusammenhange steht; wenn Jemand sich über die erfolgte Beeidigung eines Zeugen beschwert, welchem der Gerichtshof ohnehin keinen Glauben geschenkt hat, oder umgekehrt, wenn Jemand sich über die Nichtbeeidigung eines von ihm angerufenen Zeugen beschwert, obgleich das Gericht die Aussage desselben ohnehin als eine durchaus wahrhafte angenommen hat). Es ist vollkommen begreiflich, wenn ein Gesetz in solchen Fällen den Berufungsrichter ermächtigt, von der Nullität ganz abzusehen; allein unbegreiflich ist, wie eine anerkannte Nullität, um derentwillen man das Urtheil aufheben muß, ohne Reproduction des gesammten Beweisverfahrens soll sanirt werden können. Wenn z. B. die Berufungsbehörde den Nichtigkeitsgrund des §. 352 lit. a.) der Strafproceßordnung von 1850 als vorhanden erkennt, weil das Bezirkscollegialgericht mit zwei Richtern statt mit dreien besetzt war, so ist nicht wohl einzusehen, wie sie hier das Formgebrechen anders verbessern kann, als indem sie die ganze Hauptverhandlung wiederholt, und selbst in diesem Falle ist der Unterliegende um eine Instanz gebracht. Dasselbe muß gewiß gelten, wenn in der ersten Instanz die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt wurden (§. 260 der Strafproceßordnung von 1850), wenn das Verweisungserkenntniß nicht vorgelesen wurde, (§. 269 der Proceßordnung von 1850) wenn ein Zeuge, der Vorschrift des §. 275 zuwider, statt vor erst nach der

Vernehmung beeidigt wurde, wenn über die Hauptverhandlung kein Protokoll geführt worden ist (§. 295). In allen diesen Fällen ist die Nachholung entweder unmöglich oder ganz unnütz; in anderen Fällen ist sie allerdings denkbar, allein niemand kann beurtheilen, welchen Einfluß der richtig vorgenommene Proceßact in Verbindung mit dem ersten Beweisverfahren geübt hätte.

Es wird immer ein unlösbarer Widerspruch bleiben, wenn die Anullirung eines Urtheiles wegen mangelhaften Verfahrens nicht auch die Anullirung des Verfahrens, d. h. die Wiederholung desselben, zur Folge hat. Innerhalb des Systemes der Strafproceßordnung von 1850 fällt dies aber doppelt auf:

1. Weil die volle Consequenz dem Wahrspruche der Geschwornen gegenüber aufrecht erhalten ist;

2. weil sie sogar in Bezug auf die Berufungsbehörde selbst nicht ausgeschlossen ist.

Hat nämlich die erste Instanz eine der in dem §. 352 unter a), c) und d erwähnten Nichtigkeiten begangen, so kann sie die zweite Instanz verbessern und sofort das Urtheil fällen; ja, wenn diese die manifeste Nichtigkeit anzuerkennen sich weigert, so ist eine Abhilfe dagegen überhaupt nicht zu erlangen, weil diese Verletzung des Gesetzes nicht unter die Bestimmung des §. 388 b) gebracht werden kann. Dagegen, wenn die Berufungsbehörde, selbst in ihrer verhältnißmäßig unwichtigen Procedur eine Nichtigkeit begeht, muß der Cassationshof die Sache zur nochmaligen Verhandlung an ein anderes Landesgericht weisen.

Es sei schließlich nur bemerkt, daß schon das unter französischer Herrschaft zu Stande gekommene Strafproceßgesetz für das Königreich Italien von 1807 im Artikel 386 verfügt, daß im Falle der Anullirung wegen eines Formgebrechens die Sache an ein anderes Gericht erster Instanz zu verweisen sei.

C. Aus dem bisher Gesagten geht deutlich hervor, daß die Berufung, wie sie nach französischem Vorbild in die Strafproceßordnung von 1850 übergegangen war, auf das Ganze des Strafprocesses höchst nachtheilig zurückwirken muß, indem sie alle Schutzanstalten, welche das Gesetz für das Verfahren in erster Instanz mühsam ausführt, alle Fortschritte, welche für dasselbe mühsam erreicht wurden, wieder beseitiget, oder doch wenigstens in Frage stellt. Es hat sich nämlich gezeigt:

1. Die Berufungsbehörde ist an Proceßvorschriften fast gar nicht gebunden und zugleich in dem bedeutendsten Theile ihrer Wirksamkeit auch jeder Ueberwachung durch eine höhere Behörde entzogen; während also die Gesetzgebung bemüht ist, durch ihre Vorschriften einen gleichmäßigen, regelrechten, der Gerechtigkeit entsprechenden Gang des Verfahrens zu sichern, führt die Einrichtung der Berufung Unsicherheit und Ungleichförmigkeit herbei, und bringt nicht selten die Meinung hervor, daß der Ausgang der Strafprocesse wohl auch durch den Zufall beeinflußt werde.

2. Daß Niemand verurtheilt werden könne, ohne vom Richter selbst angehört zu sein, ist ein Fundamentalsatz des neuen Strafverfahrens; er gilt aber nur für die erste Instanz; die zweite kann selbst den in erster Instanz Freigesprochenen verurtheilen, ohne ihn selbst zu hören.

3. Auch sonst untergräbt die Berufung den Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens. Von den neuen Grundlagen, auf welche der Strafproceß in den letzten Jahren gestellt wurde, hat sich keine so rasch als entschieden und durchgreifend heilsam bewährt, wie die Mündlichkeit; alles Andere, abgesehen von dem Vortheil, welcher aus der Trennung der Rolle des Anklägers und Vertheidigers von dem Amte des Richters erwächst, ist bestritten worden und mußte, schon ins Leben getreten, für die Fortexistenz noch lange kämpfen! Nur die Mündlichkeit brachte jeden Widerspruch sofort zum Schweigen, und es ist in diesem Augenblick gewiß unstreitbar, daß es kein wirksameres Mittel zur Verbesserung unserer Strafrechtspflege geben könne, als wenn man dafür sorgt, daß die Mündlichkeit immer mehr zur Wahrheit werde. Nun ist aber anerkannt, daß damit das Berufungssystem in einem mindestens schwer zu lösenden Widerspruche stehe. Wird die Berufung beibehalten, und nicht etwa so eingerichtet, daß die Berufungsbehörde sämmtliche Zeugen und den Angeklagten vernimmt, so kann ein gewissenhaftes Gericht erster Instanz sich unmöglich auf das Protokoll der Hauptverhandlung verlassen; es wird, da die endgiltige Entscheidung der zweiten Instanz zusteht, diese aber unvermeidlich auf die Acten der Voruntersuchung sich gewiesen sieht, es als das Wichtigste erkennen, alle Materialien des Processes in möglichster Vollständigkeit in den Acten der Voruntersuchung niederlegen zu lassen. Kein Gesetz kann dies verbieten; keine gedenkbare Cautel vermag es zu verhindern, daß der Schwerpunkt

des Processes in die Voruntersuchung fällt, und daß daraus alle Nachtheile entstehen, welche eine solche Sachlage bekanntlich mit sich bringt.

4. Die Berufung hebt, wo sie besteht, die Bedeutung der Richtigkeitsgründe fast ganz auf, wie früher gezeigt wurde; sie benimmt also auch für die erste Instanz den wichtigsten Proceßvorschriften ihre wirksamste Sanction, und beeinträchtigt die Stellung des Cassationshofes.

5. Die Berufung bringt noch eine andere Gefahr mit sich. Indem sie die entscheidende Gewalt theilt, schwächt sie auch in dem einzelnen Richter das Bewußtsein der auf ihm lastenden Verantwortlichkeit. Der Untersuchungsrichter glaubt, auf das erkennende Gericht sich verlassen zu können, während dieses sich durch den Gedanken an die Mitwirkung des Untersuchungsrichters und an die in zweiter Instanz zu gewärtigende wiederholte Prüfung beruhigt fühlt; umgekehrt glaubt wieder der Berufungsrichter im Vertrauen auf die Acten und das erste Urtheil Manches leichter nehmen zu können. Fällt dagegen die Berufung weg, wird dadurch erreicht, daß die Voruntersuchung wirklich als vorbereitender Proceßact betrachtet wird, dann kann der Richter in der Hauptverhandlung weder rückwärts noch vorwärts blicken; er weiß, daß in diesem Augenblick die ganze Arbeit des Processes vollbracht werden müsse, und daß er allein sie zu vollbringen habe.

6. Das Berufsverfahren selbst bringt noch zahlreiche Uebelstände hervor, bereitet der Anwendung des Gesetzes neue Schwierigkeiten. (Vergl. insbesondere die Aufsätze von Schwarze im Gerichtssaale 1857 I. 447 ff. 465 ff., 1861 S. 102 ff., 1862 S. 279 ff.) Die Berufung führt nicht selten zu einem Gegensatz zweier Urtheile, welcher fortan ungelöst bleibt. Sie bringt den Berufungsrichter in die peinliche Lage, fortwährend im Unklaren darüber zu sein, ob er ein zweites Urtheil zu fällen habe, oder ob seine Aufgabe nur sei, das erste Urtheil zu prüfen und je nachdem er Gründe dafür oder dagegen findet, abzuändern oder zu bestätigen. Die Zulassung von neuen Beweisen in der zweiten Instanz beeinträchtigt das Verhältniß zur Wiederaufnahme und setzt die Parteien der Gefahr aus, daß ihr Gegner sie durch plötzlich in der zweiten Instanz beigebrachte und isolirt vorgeführte Beweismittel überrasche, oder doch wenigstens um eine Instanz bringe. Die mannigfaltigsten technischen Schwierigkeiten ergeben sich ferner aus dem Verbot der Reformatio in pejus (denen freilich das französische Recht durch den appel

incident theilweise begegnet), und andererseits aus der dadurch herbeigeführten Einengung des Berufungsrichters in jenen Fällen, wo sich der Sachverhalt ihm wesentlich anders darstellt und unter ein anderes Gesetz zu fallen scheint. (Beispielweise sei nur ein kürzlich vorgekommener Fall erwähnt, in welchem die erste Instanz wegen Kindesmordes durch Unterlassung des nöthigen Beistandes verurtheilte, und auf Berufung der Angeklagten die zweite Instanz das Urtheil der ersten bestätigte, weil sie annahm, daß die Angeklagte ihr Kind durch positives Handeln getödtet habe und weil sie, abweichend vom ersten Gericht, dieses Handeln als ein absichtliches ansah. Allg. österr. Gerichtsz. 1862 Nr. 137 und 138.)

Wenn nun so Vieles gegen die Berufung spricht, so wird man umsomehr genöthigt, sorgfältig die Frage zu erwägen, wie weit die Vortheile reichen, welche die Berufung zu gewähren geeignet ist. Kein Unbefangener wird in Abrede stellen wollen, daß solche Vortheile vorhanden seien und daß wirklich Bedürfnisse vorhanden sein, welchen man durch die Berufung Befriedigung zu verschaffen sucht. Jede Gesetzgebung muß sich die Möglichkeit gegenwärtig halten, daß Richter irren können, daß sie selbst bei formell unanfechtbarem Verfahren unter dem Einfluß zufälliger Umstände, durch Mangel an Aufmerksamkeit, aus Uebereilung, Vorurtheil u. s. w. zu falschen Schlußfolgerungen, zu unrichtigen thatsächlichen Annahmen sich hinreißen lassen können, ja daß in einzelnen Fällen unrichtige Entscheidungen geradezu aus unlauteren Motiven hervorgehen können. Könnte aber auch die Gesetzgebung hoffen, solche Möglichkeiten ganz ausgeschlossen zu haben, so dürfte sie sich doch nicht schmeicheln, in der öffentlichen Meinung, welche durch uralte Angewöhnung beeinflußt ist, derselben Ueberzeugung sofort Eingang zu verschaffen. Die Besorgniß ungerechter Urtheile und namentlich ungerechter Verurtheilungen müßte zurückbleiben, und jeder Fall, in welchem ein Verurtheilter seine Unschuld beharrlich behauptet, ohne ein Gericht zu finden, das seine Klagen über ungerechte Verurtheilung anhört, müßte verwirrend auf das öffentliche Rechtsgefühl wirken.

Wird nun aber das, was hier Noth thut, durch die Berufung, wie sie das französische Recht gestattet, auch erreicht? Kann diese namentlich für dasjenige angesehen werden, wofür man sie so häufig ausgibt, für eine Einrichtung zum Schutze des Angeklagten?

Dieses Letztere zu bejahen, wäre namentlich ein folgenschwerer

Irrthum. Der Anklage, wie der Vertheidigung offenstehend, kann die Berufung der einen wie der andern ebensowohl nachtheilig als nützlich sein; sie kann daher weder von der Einen, noch von der Andern als ein bloßes Schutzmittel angesehen werden; ihr Entgang kann keiner von Beiden blos als ein Verlust erscheinen.

Es ist richtig, daß die Berufung in einzelnen Fällen einem Verurtheilten zu seiner Freisprechung verhelfen und sich ihm also wohlthätig erweisen wird; in ihrer Gesammtwirksamkeit als Proceßinstitution aber gereicht sie dem Angeklagten eher zum Nachtheil als zum Vortheil. Hier stellen sich den Fällen, wo die Thatfrage erst in zweiter Instanz zu Gunsten des Angeklagten entschieden wird, diejenigen gegenüber, wo auf Berufung des Staatsanwaltes der in erster Instanz Freigesprochene in der zweiten für überwiesen erklärt wird. Bedenkt man nun, wie wenig verläßlich nach dem früher Dargestellten das Verfahren in zweiter Instanz ist, — daß bei der Entscheidung über die Ladung von Zeugen und Sachverständigen in der zweiten Instanz der Angeklagte dem Staatsanwalt gegenüber sich noch viel mehr im Nachtheile befindet, — daß namentlich die persönliche Vernehmung des verhafteten Angeklagten bei der Berufungsbehörde wohl nur ausnahmsweise stattfinden kann, — daß endlich gegen das verurtheilende Erkenntniß der zweiten Instanz auch dem früher Freigesprochenen ein weiterer Rechtszug nicht offen steht: so wird man wohl zugeben müssen, daß die Berufung wohl die Hoffnung der Verbrecher auf Straflosigkeit, oder doch wenigstens Verzögerung der Strafe zu bestärken geeignet sei, dagegen aber auch die Gefahren vermehre, welche dem unschuldig in Verdacht Gerathenden drohen.

Wie soll nun aber die Gesetzgebung und die öffentliche Meinung bei diesem Verhältniß sich beruhigen? Dieselben Gründe, welche für die Berufung gegen das Urtheil der ersten Instanz sprechen, müssen mit unendlich viel größerem Nachdruck gegen die Inappellabilität eines Berufungserkenntnisses sprechen, welches den in erster Instanz für unschuldig Erklärten verurtheilt. Es steht hier in einer Thatfrage die persönliche Ansicht der persönlichen Ansicht gegenüber; für die eine spricht die Frische und Unmittelbarkeit des Verfahrens und dessen vom Gesetz genau geregelter Gang, für die andere nur die etwas größere Zahl und etwas höhere Stellung der zweiten Richter und selbst diese werden mitunter dem zweiten Erkenntniß nur scheinbar zu statten kommen. Objectiv betrachtet ist bei solchem Gegensatz der Erkenntnisse die Schuld des Angeklagten

zweifelhafter, als sie bei Beginn der ersten Hauptverhandlung war, und doch soll in diesem Zustand des Zweifels das „Schuldig“ jeder weiteren Prüfung entzogen sein! Ließe sich dies zumal bei einer Gesetzgebung rechtfertigen, welche das „Nichtschuldig,“ das die Geschworenen ausgesprochen haben, jeder weiteren meritorischen Prüfung entzieht?

Sieht man von dieser Seite der Frage ganz ab, betrachtet man die Berufung nur so weit als sie dem Angeklagten eingeräumt ist, und läßt man dabei alle früher angeregten Bedenken gegen die Procedur fallen: so wird man sich immer noch zu fragen haben, ob die nothwendig ungleiche und schwankende Praxis so vieler Berufungsbehörden dem Vertrauen in die Gleichmäßigkeit und Stetigkeit der Strafrechtspflege nicht eher Eintrag thun werde? So viel aber ist gewiß, daß durch den Ausspruch solcher Berufungsbehörden, wie sie die Strafproceßordnung von 1850 gewährt, jene Besorgnisse, zu deren Beschwichtigung die Berufung bestimmt ist, kaum wesentlich vermindert werden dürften. Das Verlangen nach der Berufung wurzelt in dem natürlichen Gefühl, welches denjenigen, der vermeint, von einem unteren Richter Unrecht erlitten zu haben, drängt, sich an den höheren zuwenden; so lange es über dem Berufungsrichter noch ein höheres Gericht gibt, so lange wird jenes Gefühl unbefriedigt bleiben, wird die Ausschließung des weiteren Rechtszuges als eine willkürliche Beschränkung der Macht des höheren Richters erscheinen, kaum weniger hart, als die Ausschließung der ersten Berufung. In Oesterreich wenigstens hat sich die Unanfechtbarkeit des durch zwei conforme Sentenzen Festgestellten noch nie auf die Dauer zu behaupten vermocht.

Es zeigt sich also, daß die Berufung dem Bedürfniß, zu dessen Befriedigung sie bestimmt ist, nur ungenügend entspricht, daß sie überhaupt nur sehr geringe Vortheile gewährt, welche durch die großen Nachtheile, die sie herbeiführt, viel zu theuer erkauft wären.

D. Wollte man nun auch über die sehr erheblichen inneren Mängel der Einrichtung hinausgehen, so würde man erst noch durch Uebelstände bedenklich gemacht, welche sich in der Ausführung ergeben. Es ist in dieser Beziehung zu erwähnen:

1. Der sehr beträchtliche Kostenaufwand. Je mehr es der Berufungsbehörde Ernst ist mit der Erfüllung ihrer Aufgabe, desto häufiger wird sie sich veranlaßt sehen, Zeugen und Sachverständige zu laden, den Angeklagten selbst vor sich kommen zu lassen. Nun sind aber schon

die Bezirke der Landesgerichte so groß, daß die Reisen der Zeugen, die Kosten der Beförderung des verhafteten Angeklagten einen empfindlichen Aufwand verursachen. Dieser Aufwand wird bald so empfindlich, daß die Gerichte einerseits zu billiger Rücksichtnahme auf den Staatsschatz aufgefordert, andererseits in ihrem Gewissen verpflichtet, kein Mittel, welches die Enthüllung der Wahrheit fördern mag, unbenützt zu lassen, in eine Collision gerathen, welche gerade darum um so peinlicher ist, weil die Entscheidung über die Vorladung der Zeugen u. s. w. sich auf keine feste Grundlagen, sondern lediglich auf Vermuthungen und Wahrscheinlichkeitsgründe stützen kann.

2. Auch für die Parteien und das Publicum ist die Einrichtung mit großen Belästigungen verbunden. Der Angeklagte, gegen dessen Freisprechung der Staatsanwalt die Berufung ergreift, müßte sonderbar leichtfertig sein, wenn er sich durch einen noch so weiten Weg abhalten ließe, vor der Berufungsbehörde zu erscheinen, welche auf Grund eines in jeder Hinsicht mangelhaften Materials das entscheidende und, so weit es die Thatsache betrifft, unumstößliche Wort zu sprechen hat. Umgekehrt wird der Angeklagte, welcher die Berufung ergreift, kaum wagen, auf die Beihilfe eines Vertheidigers zu verzichten; insbesondere hängt von dem Eindruck, den die Berufungsausführung und die Gegenausführung macht, so viel ab, daß man auch empfindliche Opfer bringen muß, um ihre Ausarbeitung in gute Hände legen zu können. Dem Zeugen endlich, welchem eine volle Entschädigung nie gewährt werden kann, muß es sehr beschwerlich fallen, wenn er genöthigt wird, sich noch vor dem Landesgericht einzufinden, nachdem er bereits vor der ersten Instanz und in der Regel auch vor dem Untersuchungsrichter erschienen ist.

3. Daß mit der Einrichtung ein sehr bedeutender Zeitverlust, eine sehr nachtheilige Verschleppung der einzelnen Strafsachen verbunden sei, bedarf wohl nicht erst eines Nachweises, besonders wenn man bedenkt, daß am Sitz der Berufungsbehörde in der Regel drei Personen (der Vorsitzende, der Referent und der Staatsanwalt) die Acten studiren müssen, daß die Berufungsbehörde berechtigt ist, neue Erhebungen anzuordnen, welche in der Regel auf dem Requisitionswege vorgenommen werden, und daß es bei gründlicher Behandlung der Sache an Anlässen zur Unterbrechung und Vertagung der Verhandlung nicht fehlen kann.

4. Noch viel wichtiger aber sind die Hindernisse, welche sich der

Beibehaltung der Berufung entgegenstellen, sobald man einerseits die Bezirkscollegialgerichte beseitigt, andererseits aber für jene Länder zu sorgen hat, in welchen die Geschwornengerichte nicht eingeführt werden.

Was die Mittelclasse der Delicte betrifft, so müßte nach Beseitigung der Bezirkscollegialgerichte die Berufung von einer Abtheilung des Landesgerichtes an eine andere gehen, eine Einrichtung, welche schon in den Jahren 1850 ff., wo sie nur vereinzelt vorkam, nicht wenig dazu beitrug, die Ansichten über den inneren Werth der Berufung herabzustimmen. Da aber, wo über schwerere Verbrechen Richter ohne Beiziehung von Geschwornen urtheilen, würde man sich bei jener Einrichtung wohl nicht beruhigen können. Auch würde sie für solche Fälle gar nicht ausführbar sein; schon in erster Instanz müßten sich an der Sache mindestens fünf Richter betheiligen; bei gleichem Rang der Appelrichter könnte man für die Berufung sich mit weniger als sieben Richtern kaum begnügen; bedenkt man nun, daß auch noch ein Mitglied des Landesgerichtes als Untersuchungsrichter ausgeschlossen ist, so würde eine Besetzung mit dreizehn Richtern das Minimum bezeichnen, was bei ganz normalem Verlauf aller einzelnen Processe blos für die Besorgung der Strafsachen bei jedem Landesgerichte als nothwendig erscheint.

Man müßte also die Berufung in schwereren Fällen entweder an ein benachbartes Landesgericht, oder, was gewiß das an sich Wünschenswerthe wäre, an das Oberlandesgericht verweisen. Nun ist aber einleuchtend, daß bei solcher Entfernung der Berufungsbehörde alle bisher dargelegten Uebelstände bis ins Unerträgliche steigen müssen.

Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß die Vorsicht und Sorgfalt des Richters in dem Maße eine größere sein muß, als die Anklage an Bedeutung gewinnt. Der Vorwurf aber, welcher dem Berufungssysteme der Strafproceßordnung von 1850 gemacht werden muß, besteht gerade darin, daß dem zweiten Richter eine viel zu unsichere Basis für seine Entscheidung geboten ist. Wenn nun eine solche Unsicherheit schon dort bedenklich erscheinen muß, wo es sich um geringfügige Sachen handelt, so wird sie geradezu unerträglich bei einer Anklage wegen schwerer Verbrechen. Jedenfalls wird in solchen Fällen der Berufungsrichter noch lebhafter das Bedürfniß empfinden, den Angeklagten und wenigstens die wichtigsten unter den Zeugen und Sachverständigen selbst zu hören.

Nun braucht man nur einen Blick auf die Karte, auf den Umfang der Oberlandesgerichtssprengel zu werfen, um sich davon zu überzeugen, wie groß die Kosten, die Belästigungen und Verzögerungen sein müßten, welche jeder Versuch, die Berufungsverhandlung ernst zu nehmen und auf die Erneuerung des Beweisverfahrens in zweiter Instanz einzugehen, mit sich bringen müßte! Es genügt, sich gegenwärtig zu halten, welche Schwierigkeiten schon daraus entstehen müßten, wenn das Oberlandesgericht sich auch nur zum Grundsatze machen wollte, keine Verurtheilung wegen eines schweren Verbrechens ergehen zu lassen, ohne den Angeklagten persönlich vernommen zu haben!

II.

Wollte man auch nur den wichtigsten der unter I. gegen die Berufung vorgebrachten Bedenken gerecht werden, so müßten jedenfalls folgende Modificationen des Berufungssystemes angenommen werden:

1. Der Berufungsbehörde müßte entweder die Entscheidung über Nichtigkeitsgründe ganz entzogen werden, oder sie müßte dabei dieselben Regeln beobachten, welche für den Cassationshof gelten, und wenn diese Anordnung selbst eine Wahrheit werden soll, so müßte gegen die Entscheidung der Berufungsbehörde über solche Nichtigkeitsgründe die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof eingeräumt werden.

2. Die eigentliche Berufung, d. i. diejenige, welche ohne formelle Anfechtung des ersten Urtheiles die nochmalige Erörterung der Thatfrage herbeiführt, dürfte zum Nachtheile des Angeklagten nicht stattfinden; und wenn man so weit nicht gehen wollte, müßte jedenfalls daran fest gehalten werden, daß eine dem Angeklagten nachtheilige Abänderung des in erster Instanz ergangenen Ausspruches über die Thatsachen nur in Folge einer wiederholten Hauptverhandlung vor einem Gerichte erster Instanz oder vor der Berufungsbehörde selbst stattfinden dürfe.

3. Vollkommen consequent wäre es übrigens, wenn die letztere Bedingung für jede Abänderung des ersten Ausspruches über die Thatsachen gestellt würde, also auch für jene, die zu Gunsten des Angeklagten erfolgt; jedenfalls aber müßte dafür gesorgt werden, daß beiden Parteien eine sehr weitgehende Freiheit in Vorführung von Beweismitteln vor der Berufungsbehörde gesichert werde, und müßte der ver-

haftete Angeklagte, sobald er es verlangt, an den Sitz der Berufungsbehörde gebracht werden.

Durch solche Modificationen würden allerdings die inneren Gründe, welche gegen die Berufung sprechen, großentheils zum Schweigen gebracht; die äußeren Schwierigkeiten aber würden dadurch noch so namhaft gesteigert, daß man dieselben wohl als unüberwindlich ansehen kann.

Die Rückkehr zu den Bezirkscollegialgerichten würde zunächst nothwendig sein, es wäre denn, daß man die Wiederholung der Hauptverhandlung ausnahmslos der ersten Instanz zuwiese; auch da aber würde sich die Beseitigung der Bezirkscollegialgerichte noch in soferne fühlbar machen, als die Betheiligten den so viel weiteren Weg zum Landesgerichte zweimal zurückzulegen haben würden. — Müßte für schwerere Verbrechen das Oberlandesgericht die Berufungsbehörde sein, so könnte von einer ernstlichen Reproduction des Verfahrens vor diesem Gerichte begreiflich keine Rede sein, da die Kosten und Beschwerlichkeiten zu groß wären. Selbst die Einräumung der oben unter 3. erwähnten Freiheit in Vorführung der Beweismittel würde dem Staatsschatz in ernstester Weise gefährlich werden, und die Vorführung des verhafteten Angeklagten würde noch andere Uebelstände zur Folge haben.

Man würde also (jedenfalls bei den schwereren Verbrechen) den Grundsatz annehmen müssen, daß die Berufungsbehörde den von der ersten Instanz gefällten Ausspruch über die Thatsachen nie selbst ändern, sondern nur eine Wiederholung des Verfahrens in erster Instanz anordnen könne.

Nun läßt sich aber nicht verkennen, daß diese Einrichtung das Verfahren in hohem Grade schwerfällig und schleppend machen kann. Soweit es sich um die Geltendmachung von im ersten Verfahren eingetretenen Nichtigkeiten handelt, erscheint die Wirksamkeit der Berufungsbehörde jedenfalls als eine ganz entbehrliche; in letzter Instanz muß doch jede solche Frage an den Cassationshof gebracht werden können, soll nicht die Einheit der Rechtsanwendung gefährdet sein, und eine neue tiefgreifende Divergenz zwischen jenen Ländern, in welchen Geschwornengerichte bestehen und jenen, wo sie fehlen, begründet werden. Soweit es sich also blos um Nichtigkeitsgründe handelt, ist es offenbar einfacher, die Frage sofort vor den Cassationshof bringen zu lassen, statt sie zunächst an die Berufungsbehörde zu weisen, wo sie

doch nicht definitiv erledigt wird, und wo sehr leicht noch neue Nichtigkeitsgründe hinzukommen können.

Besteht nun aber die Berufungsbehörde einmal und hat sie die meritorischen Bedenken, welche gegen den Ausspruch über die Thatsachen geltend gemacht werden, zu prüfen, so ist es allerdings nicht zu vermeiden, daß sie auch über die formellen Bedenken und über die Beschwerden wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes, so wie über die Strafbemessung u. s. w. urtheile. Da nun Beschwerden dieser Art cumulirt werden können, ist es in der That unerläßlich, oder doch schwer und nur um den Preis neuer Complicationen zu vermeiden, daß gegen das Urtheil der Berufungsbehörde die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof eingeräumt werde, wie es in der Strafproceß-Ordnung von 1850 geschieht.

Man setze nun den verhältnißmäßig einfachsten Fall. Der Cassationshof bestätigt den Ausspruch der Berufungsbehörde, welche eine neue Verhandlung in erster Instanz angeordnet hat, oder er ordnet diese selbst, ohne die Sache nochmals an die zweite Instanz zu weisen, an. Das neue Urtheil, ein Urtheil erster Instanz, kann wesentlich vom früheren abweichen, die Sache unter ein ganz anderes Strafgesetz bringen, wegen eines Formgebrechens nichtig sein. Wenn man also auch einzelne mehr oder weniger willkürliche Beschränkungen eintreten läßt, man wird die Berufung und den weiteren Rechtszug an den Cassationshof auch dem neuen Urtheil gegenüber (auf die Gefahr hin, eine nochmalige Wiederholung angeordnet zu sehen) offen lassen müssen.

So complicirt aber dieser Mechanismus ist, so wird doch dasjenige, um dessen willen er hergestellt wird, die Berufung im eigentlichen Sinne, jene welche auf Prüfung der Gründe einer thatsächlichen Annahme gerichtet ist, damit nicht zum Besten versorgt. Diese eigentliche Berufung kommt lange nicht so häufig vor, als man dies gewöhnlich voraussetzt; die große Mehrzahl der Verurtheilungen beruht auf dem Geständniß, die Mehrzahl der Berufungen ist gegen das Strafmaß gerichtet, wozu dann noch jene Berufungen kommen, welche der Sache nach Nichtigkeitsbeschwerden sind. Für alle diese verschiedenen Fälle hat die Berufungsbehörde eine Procedur, welche begreiflicherweise hauptsächlich jenen Fällen angepaßt ist, welche am häufigsten vorkommen. Dadurch wird aber die Geneigtheit der Behörde zur Zurückweisung von Berufungen nach verhältnißmäßig oberflächlicher Prüfung sehr begünstigt, und diese

Geneigtheit würde natürlich durch die früher dargelegten Schwierigkeiten einer wiederholten Verhandlung noch gesteigert.

Aber auch ganz abgesehen davon, würde aus den früher angegebenen Gründen die Entscheidung jeder Berufungsbehörde, über welcher noch ein Gerichtshof steht, in allen Fällen, in welchen die Schuld des Angeklagten ernstlich bestritten ist, sich als unausreichend erweisen; immer wieder würden mittelbar und unmittelbar Versuche gemacht werden, dem obersten Gerichtshofe eine Erklärung zu Gunsten des Angeklagten abzugewinnen, und würde, wie es geschehen ist, die Bestimmung des Gesetzes, welche dem obersten Gerichtshofe das Eingehen auf diese Frage untersagt, der Beschuldigung ausgesetzt sein, daß sie das Wesen des Rechtes processualischen Formen opfere.

Auch hier also, — vergleicht man die Opfer, welche der Berufung gebracht werden müßten, mit dem Nutzen, den sie verspricht, so findet man, daß der letztere unverhältnißmäßig gering sei.

III.

Innere und äußere Gründe sprechen somit gegen die Beibehaltung der Berufung. Bei ihrer Darlegung ist vorzugsweise, fast ausschließlich auf dasjenige Rücksicht genommen, was die Betrachtung der Oesterreich eigenthümlichen Verhältnisse, der Rückblick auf die Strafproceß-Ordnung von 1850 und die bei ihrer Anwendung gemachten Erfahrungen ergab. Wenn nun der durch alles dies aufgedrängte Gedanke, die Berufung, soweit sie gegen den Ausspruch über Thatsachen gerichtet ist, fallen zu lassen, im ersten Augenblick ein allzu kühner scheinen mag, so wird es freilich am Platze sein, auf die gewichtigen Bedenken aufmerksam zu machen, welche bekanntlich von verschiedenen Seiten in der Literatur und in legislativen Arbeiten gegen die Zulassung einer Berufung wider die in erster Instanz erfolgte Feststellung der Thatsachen sich ergeben hat. Es genügt, zur Orientirung hierüber auf die sehr objective Darstellung bei Mittermaier (Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, S. 622 ff., abgedruckt in der Allg. österr. Gerichtsztg. 1863, Nr. 31 u. 32) und bei Planck (Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, S. 562 ff.); auf die Ausführung Walther's (Die Rechtsmittel im Strafverfahren, S. 114 ff.), ferner auf die Regierungsmotive zu dem königl. sächsischen Entwurfe der Strafproceß-Ordnung (auch abgedruckt in der Allg. österr. Gerichtsztg. 1861,

Nr. 73 und 74) und auf die Aufsätze des General-Staatsanwaltes Schwarze in Dresden (im Jahrgange 1861 der Allg. österr. Gerichtszeitung und im Jahrgange 1863 von Goltdammer's Archiv für preuß. Strafrecht, vgl. Allg. österr. Gerichtsztg. 1863, Nr. 38 ff.), und auf dessen Zusammenstellung der Materialien in der sächsischen Gerichtszeitung, V., S. 210 ff., auch Gerichtssaal 1861, Seite 388 ff., hinzuweisen.

Schon früher ist übrigens bemerkt worden, daß fast alle jene Länder, welche den französischen Strafproceß nachbildeten, ohne die Geschwornengerichte einzuführen, in den schwereren Straffällen die Berufung ausschlossen[4]).

Auf deutschem Gebiete ist die Berufung gegen Urtheile der Staatsrichter ausgeschlossen in Braunschweig und Sachsen-Altenburg; ferner für jene schweren Straffälle, welche ausnahmsweise den Geschwornen entzogen sind, in Preußen (Gesetz vom 25. April 1853) und im Großherzogthum Hessen (Gesetz vom 22. und 27. März 1852). Wesentlich beschränkt ist die Beweiswürdigung in zweiter Instanz in Preußen (§. 126 der Verordnung von 1849 und Art. 101 des Gesetzes von 1852), Kurhessen (§. 25 des Gesetzes vom 22. Juli 1851), Lübeck (§. 243 St.P.O.); die gleiche Beschränkung ist in Bremen (§. 606 des Entw. der St.P.O.) vorgeschlagen. Im Königreich Sachsen, wo der Regierungsentwurf der jetzt geltenden Strafproceß-Ordnung von 1855 die Beseitigung der Berufung beantragt hatte, ist die Berufung nur zu Gunsten des Angeklagten zugelassen

---

[4]) Im Königreich der Niederlande, welches ebenfalls in den schweren Straffällen die Berufung ausgeschlossen hatte, ist sie in neuester Zeit auf dieselben ausgedehnt worden. Wie indeß aus den Motiven des fraglichen Gesetzentwurfes hervorgeht, waren hiefür zwei verhältnißmäßig untergeordnete Rücksichten maßgebend: Zunächst fand man mit Recht den Zustand unhaltbar, vermöge dessen die zuchtpolizeilichen Erkenntnisse der Berufung unterworfen, die Urtheile der Provinzialgerichtshöfe über schwere Verbrechen dagegen inappellabel waren. „Wie sehr auch die Meinungen darüber, ob die Berufung nothwendig und wünschenswerth sei, auseinander gehen, so scheint doch das fest zu stehen, daß man darüber einig sei, es müsse die Berufung gänzlich fallen oder auf alle Fälle ausgedehnt werden.“ Für die letztere Eventualität aber entschloß man sich deßhalb, weil man die Provinzialgerichtshöfe, welche bisher über schwere Verbrechen urtheilten, abschaffen, das Verfahren über Verbrechen ganz dem in correctionellen Sachen eingeführten gleichstellen, und den für letztere bestimmten Arrondissements-Gerichten (in Strafsachen besetzt mit vier Richtern) zuweisen wollte. Die Berufung geht jetzt in allen Fällen an die (in Strafsachen mit sechs Richtern besetzten) Appelhöfe, welche wesentlich deßhalb eingeführt wurden, weil man wegen einer Veränderung in der Stellung des hohen Rathes (obersten Gerichtshofes) in Civilsachen ihrer bedarf.

und so modificirt, daß mancherlei Bedenken gegen dieselbe entfallen; doch scheint auch dort, obgleich über die Berufung und die Nichtigkeitsbeschwerde dasselbe Gericht entscheidet, der gegenwärtige Zustand nicht zu befriedigen. In neuester Zeit sind in Baden, Württemberg und Hamburg Entwürfe ausgearbeitet, nach welchen die Berufung gegen den Ausspruch von Richtercollegien über die Thatfrage ausgeschlossen ist.

Auch in Oesterreich bestand übrigens die Einrichtung, vermöge welcher Staatsrichter in schwereren Straffällen über die Thatfrage inappellabel entschieden, vom 14. Jänner 1852 bis zum Herbst 1854, ohne daß eine ernstliche Klage über den Mangel der Berufung erhoben worden wäre. Allerdings kamen einzelne Fälle vor, in welchen die Richtigkeit der von dem Landesgerichte als erwiesen angenommenen Thatsachen bezweifelt wurde, und in welchen namentlich der Cassationshof sich durch die Beschränkung auf Nichtigkeitsgründe beengt fühlte. Allein hier war es eben diese Beschränkung der obersten, nicht aber der Mangel einer mittleren Instanz, was sich fühlbar machte, und es liegt nicht die geringste Andeutung dafür vor, daß der Cassationshof jene Urtheile, welche die Landesgerichte im Berufungswege fällten, mit größerer Beruhigung seiner Entscheidung zu Grunde legte, als die von denselben Gerichten in erster Instanz inappellabel gesprochenen Urtheile.

Immerhin aber läßt sich nicht verkennen, daß im einzelnen Falle die Berufung einem unschuldigen Verurtheilten möglicherweise zu statten kommen könne, und daß überhaupt trotz der formellen Gleichstellung des Anklägers und des Angeklagten das Recht der Berufung überwiegend als eine Begünstigung des Letzteren angesehen wird.

Es wird sich also darum handeln, namentlich dem Angeklagten einen Ersatz, einerseits für die Berufung, andererseits für den Schutz, den ihm die Mitwirkung der Geschwornen gewähren mag, zu verschaffen, oder vielmehr — da es sich gewiß nicht darum handeln kann, die Berufung durch neue, an sich fehlerhafte Einrichtungen zu ersetzen — die an sich schon nothwendigen Vorsichtsmaßregeln zum Schutze des Angeklagten mit gesteigerter Sorgfalt zu ordnen.

Da dies eine Rücksicht ist, welche auf die ganze Gestaltung des Verfahrens Einfluß übt, so kann hier natürlich nur dasjenige hervorgehoben werden, was als besonders wichtig hervortritt:

1. Die Art der Besetzung der inappellabel urtheilenden Richtercollegien;

2. die Regelung der übrig bleibenden Rechtsmittel.

Zu 1. Wiederholt wurde hervorgehoben, daß jene Aenderung in der Gerichtsorganisation, vermöge welcher auch die Hauptverhandlung wegen der strafbaren Handlungen mittlerer Ordnung den Landesgerichten zukommen soll, durch die Abschaffung der Berufung bedingt ist, und umgekehrt diese wieder erleichtert. Zur Erhöhung des Vertrauens in die Richtersprüche wird es noch mehr beitragen, daß nach §§. 16 und 336 des Entw. die Abtheilungen der Landesgerichte, welche die Hauptverhandlung ohne die Mitwirkung von Geschwornen abhalten, am Anfang des Jahres bleibend zusammenzusetzen sind.

Es ist übrigens eine übereinstimmende Forderung Derjenigen, welche die Beseitigung der Berufung befürworten, daß die Verläßlichkeit des Urtheiles durch Vermehrung der Stimmführer erhöht werde; namentlich aber wird die Urtheilsfällung durch Collegien von drei vielfach bedenklich gefunden. Diesen Forderungen und Bedenken zu entsprechen, standen zwei Wege offen:

Während in Braunschweig Einstimmigkeit auch vom Ausspruch des Richtercollegiums gefordert wird, besetzen jene drei deutschen Entwürfe, welche in neuester Zeit die Berufung beseitigen, die von Baden, Württemberg und Hamburg das über die Mittelclasse der strafbaren Handlungen urtheilende Gericht mit fünf Mitgliedern, und verlangen zur Schuldigerklärung eine eminente Majorität (vier Stimmen gegen eine), während für die Beantwortung anderer Fragen einfache Stimmenmehrheit genügen soll. — Dagegen hat die Mehrzahl der hier in Frage kommenden nichtdeutschen Gesetzgebungen in Fällen, wo Richter ohne Zuziehung von Geschwornen urtheilen, zumal wo die Appellation ausgeschlossen ist, eine gerade Zahl von Richtern berufen (Code d'instr. crim. Art. 556; die Gesetzgebungen des ehemaligen Königreiches Italien, die von Toscana, Neapel, Parma, die des Königreiches der Niederlande und das [aufgehobene] Genfer Gesetz vom 5. December 1832).

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß die letztere Einrichtung, welche auch in Oesterreich auf Grund der kaiserlichen Verordnung vom 11. Jänner 1852 bestand, den Vortheil gewährt, den Angeklagten zu begünstigen, ohne daß durch eine immerhin willkürliche Bestimmung die Meinung der Minorität über die der Majorität gesetzt wird; wäh-

rend es andererseits für die Besetzung der Gerichte keine geringe Erleichterung gewährt, wenn die zur Urtheilsfällung bestimmten Abtheilungen mit einem Richter weniger besetzt werden. Würde man übrigens für die Mittelclasse der strafbaren Handlungen ein Collegium von fünf Richtern aufstellen, so müßten die großen Gerichtshöfe der Landesgerichte, welche bei schweren Verbrechen in einzelnen Ländern an die Stelle der Geschwornengerichte treten, mindestens mit 7 Richtern besetzt sein, was bei der großen Zahl solcher Verhandlungen[5]) einen großen Aufwand von Arbeitskraft erfordern würde. Wenn nun nach dem Entwurf in Fällen der letzterwähnten Art die Richtercollegien aus 6, in den übrigen aus 4 Mitgliedern bestehen, und der Grundsatz festgestellt ist, daß bei Stimmengleichheit der Beschluß nach der dem Angeklagten günstigeren Meinung zu fassen sei, ist der letztere in gleicher Weise, ja noch mehr begünstigt, als wenn zur Verurtheilung die absolute Mehrheit unter fünf und sieben Stimmen gefordert würde, während das Stimmenverhältniß auch dem für Schwurgerichtsfälle geforderten ähnlicher ist. In diesem Sinne wurde daher das Verhältniß im Entwurf geregelt.

Zu 2. Um zu beurtheilen, in wieferne die Beseitigung der Berufung eine Lücke in das System der Rechtsmittel bringt, muß man sich vergegenwärtigen, welche verschiedenen Zwecke durch die Berufung angestrebt werden können. Diese sind:

A. Anfechtung des Ausspruches über die Thatsachen, und zwar gestützt auf

a) Formwidrigkeit des ersten Verfahrens;

b) neue Beweise;

c) Kritik der aus den Ergebnissen der ersten Verhandlung gezogenen Schlußfolgerungen.

B. Anfechtung des Urtheiles wegen unrichtiger Anwendung des Strafgesetzes.

C. Anfechtung der bei richtiger Anwendung des Gesetzes vorge-

---

[5]) Die Zahl der vor einem Fünfrichtercollegium vorgenommenen Schlußverhandlungen betrug in den letzten drei Jahren:

	1860	1861	1862
im lombardisch-venetianischen Königreich	143	153	165
in Ost-Galizien	190	161	202
in der Bukowina	43	47	39
im Krakauer Gebiet	116	112	123
in Dalmatien	52	44	54

nommenen Strafbemessung und des Ausspruches über die privatrechtlichen Ansprüche.

Die unter A a) und B erwähnten Berufungsgründe sind ihrer Natur nach Richtigkeitsgründe; sie wurden nach der Strafproceß-Ordnung von 1850 durch die Richtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile der Geschwornengerichte und der Berufungsbehörden geltend gemacht; und es wird wesentlich zur Vereinfachung des Verfahrens und zur Herstellung der inneren Harmonie desselben beitragen, wenn künftig gleichmäßig in allen Fällen, wo es sich um Verbrechen oder Vergehen handelt, die Richtigkeitsbeschwerde aus diesen Gründen ergriffen und sofort an den Cassationshof gebracht werden kann.

Wird der von den Staatsrichtern über Thatsachen gefällte Ausspruch, sowie er einerseits in der freien Ueberzeugung der Stimmführer wurzelt, andererseits für inappellabel erklärt, so steht er dem Wahrspruche der Geschwornen vollkommen gleich. Es ist also auch ganz gerechtfertigt, daß auch hinsichtlich der Rechtsmittel die Gleichstellung erfolge. Indem man auf die Prüfung des Inhaltes eines solchen Ausspruches, des Eindruckes, welchen die Beweismittel hervorbringen konnten, verzichtet, geräth man in die Nothwendigkeit, doppelten Werth darauf zu legen, daß die Procedur eine vollkommen regelrechte sei, und daß den erkennenden Richtern kein Material zugeführt werde, welches von vornherein und an sich schon bedenklich ist. Nothwendig also ist, daß das Verfahren vernichtet oder wiederholt werde, so oft sich zeigt, daß es an Gebrechen leide, welche möglicherweise auf den Spruch einen nachtheiligen Einfluß geübt haben können. Hierüber müssen bestimmte und doch wieder nicht allzu ängstlich gefaßte Normen bestehen, welche einerseits die unentbehrlichen processualischen Garantien gegen jede Verletzung schirmen, andererseis aber auch frivolen Mißbrauch ausschließen. Die Handhabung dieser Normen muß in der verläßlichsten Hand liegen, über die der Staat zu gebieten hat, in der des Cassationshofes, welcher auch allein in der Lage ist, dafür zu sorgen, daß das gemeinsame Proceßgesetz auch in der That ein gemeinsames Proceßrecht begründe.

Diesem Vorschlage stellte sich allerdings das Bedenken entgegen, daß er dem Cassationshofe eine allzu große Arbeitslast bereite, und es mußte erwogen werden, ob es nicht rathsam sei, einen Theil der hier in Frage kommenden Richtigkeitsbeschwerden dem Oberlandesgerichte zu-

zuweisen. Es wäre allerdings denkbar gewesen, entweder alle Nichtigkeitsbeschwerden wegen der Mittelclasse der strafbaren Handlungen, oder alle Beschwerden wegen bloßer Formverletzung, ohne Unterschied des Gegenstandes der Verhandlung, dem Oberlandesgerichte zuzuweisen, wobei wieder die Möglichkeit geboten war, in gewissen Fällen das Oberlandesgericht in letzter Instanz entscheiden zu lassen, in anderen den weiteren Rechtszug an den Cassationshof zu eröffnen. Allein es wären auf solche Art nur neue künstliche Unterscheidungen hergestellt worden, und hätte man dies vermeiden und doch den Schutz der Rechtseinheit nicht wesentlich beeinträchtigen wollen, so hätte man das Verfahren beibehalten müssen, welches die Strafproceß-Ordnung von 1850 hinsichtlich der Nichtigkeitsgründe bei der Mittelclasse der strafbaren Handlungen herstellte, eine Einrichtung, vermöge welcher die Berufungsbehörde in vielen Fällen nur den Durchgangspunkt bildete, die Beschwerde selbst aber wie immer die Entscheidung der Berufungsbehörde ausfiel, noch an den Cassationshof gebracht werden konnte. Damit aber wäre die Arbeit des Cassationshofes nicht sehr beträchtlich gemindert, die Gesammtarbeit der Gerichte dagegen — wie überall, wo eine Mittelinstanz aufgestellt wird — unverhältnißmäßig vermehrt.

Ueberdies schlägt man die den Cassationshof treffende Arbeitslast unter dem Eindruck der Erlebnisse der Jahre 1850—1854, zu hoch an. Ein neu eingeräumtes Rechtsmittel wird bereitwilligst von Jedem ergriffen, weil es immerhin eine Hoffnung auf Erfolg eröffnet; ist dagegen das Rechtsmittel längere Zeit hindurch in Uebung, ist der Vorgang, den die Judicatur hinsichtlich desselben einhält, allgemein bekannt, so wird in sehr vielen Fällen die Einlegung des Rechtsmittels unterbleiben, weil es gewiß und Jedem bekannt ist, daß dieselbe keinen Erfolg verspreche. Es wird also zunächst in der Hand des Cassationshofes selbst liegen, durch Einhaltung einer gleichmäßigen, auf festen und klaren Grundsätzen beruhenden und von ständigen Senaten gehandhabten Spruchpraxis, sowie durch rasche und regelmäßige Veröffentlichung der Judicate sich vor dem Andrang unbegründeter Nichtigkeitsbeschwerden zu schützen.

Auch würde der Zuwachs der Arbeit auf der einen Seite durch eine Verminderung auf der andern vergütet. Die Nichtigkeitsbeschwerde im eigentlichen Sinne (d. h. die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten) bewegt sich immer auf einem ganz engen

und scharf abgegrenzten Gebiet, und es wird zur Aburtheilung über dieselbe eine verhältnißmäßig kurze Zeit genügen. Gelangt nun auch nach der jetzt bestehenden Einrichtung ohne Zweifel eine geringere Zahl von Strafsachen an den obersten Gerichtshof, so ist doch sehr die Frage, ob sie in ihrer Gesammtheit nicht eben so große Ansprüche auf die Zeit des Gerichtshofes machen, wie die möglichst größte Zahl von Richtigkeitsbeschwerden. Aber auch zugegeben, daß die Einrichtung eine Verstärkung der Mitgliederzahl des obersten Gerichtshofes nöthig macht, so wäre hierin nur dann ein Nachtheil zu erkennen, wenn eine Steigerung des für die Strafjustiz erforderlichen Gesammtaufwandes damit verbunden wäre. Dies wird aber Niemand besorgen, welcher in Anschlag bringt, wie groß die Geldopfer sind, welche das Berufungssystem schon nach der Strafproceßordnung von 1850 in Anspruch nahm, und wie viel größere erst mit der Berufung gegen Endurtheile der Landesgerichte verbunden wären.

Was den unter A b) erwähnten Berufungsfall betrifft, so ist klar, daß derselbe eigentlich nur eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Wiederaufnahme des Verfahrens bildete, und daß eine regelrechte Behandlung neu vorgebrachter Beweismittel wohl eher auf diesem Wege als auf dem der Berufung zu erwarten sei.

In Wahrheit läßt die Beseitigung der Berufung nur eine Lücke: in dem oben unter A c) erwähnten Falle. Wenn es gleich richtig ist, daß mit voller Sicherheit Niemand ein Urtheil beurtheilen kann, welcher nicht der Verhandlung beigewohnt hat, und daß selbst dann nur Meinung der Meinung gegenübertritt, und es gewöhnlich nur äußere Gründe sind, welche die eine über die andere stellen lassen: so ist doch eben so gewiß, daß Fälle vorkommen können, in welchen schon die Vergleichung des Urtheils mit den Entscheidungsgründen und mit den Aufzeichnungen über die Beweisaufnahme erhebliche Zweifel gegen die Richtigkeit des erfolgten Ausspruches hervorruft. Ein solcher Zweifel kann nun freilich durch Formen zum Schweigen gebracht werden, und zwar ohne Nachtheil der Sache eben so gut gegenüber dem Urtheil eines ersten Richters wie gegenüber dem einer Berufungsbehörde oder dem Ausspruche einer Jury; in einzelnen Fällen aber, wo er nachdrücklich hervortritt, die öffentliche Meinung irreführt, die Behörden beunruhiget, welche mit der Prüfung anderer Seiten des Urtheils, mit der Strafvollstreckung und dem Antrag auf Begnadigung befaßt sind, wird es

immer als eine Härte nicht blos, sondern als eine Quelle großer Verlegenheiten erscheinen, wenn es kein geordnetes Verfahren gibt, welches jene Zweifel durch Prüfung ihres Werthes erledigt. Für ein solches geordnetes Verfahren ist durch die Bestimmung des §. 353 des Entw., von welchem bei Besprechung der Wiederaufnahme die Rede sein wird, gesorgt, und somit auch diesem Bedürfniß Rechnung getragen, — einem Bedürfniß übrigens, welches nicht etwa erst durch die Beseitigung der Berufung geschaffen wurde, sondern neben der Berufung ebenfalls bestehen würde. Es ist daher auch jene Bestimmung hier nur deshalb erwähnt, weil, indem man jenem durchaus selbstständigen Bedürfniß Rechnung trägt, zugleich der einzige processualische Factor wieder ersetzt wird, der beim Wegfall der Berufung hie und da vermißt werden könnte.

Was endlich die unter C erwähnten Berufungsfälle betrifft, so wäre es allerdings nicht geradezu unmöglich gewesen, sie mit der Nichtigkeitsbeschwerde zu verbinden und dem Cassationshofe zuzuweisen.

Allein hievon wäre offenbar eine drückende Ueberbürdung des Cassationshofes zu besorgen, und es käme daher die Zulassung eines solchen Rechtsmittels aller Wahrscheinlichkeit nach darauf hinaus, den ganzen Vorschlag wenigstens in der Richtung unausführbar oder practisch unhaltbar zu machen, daß die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof gehen soll. Andererseits kann man nicht behaupten, daß durch den Wegfall der Berufung gegen die Strafbemessung eine bedauernswerthe Lücke in den Strafproceß gebracht würde. Von vornherein muß wohl zugegeben werden, daß derade in dieser Frage derjenige Richter den verläßlichsten Ausspruch zu fällen im Stande sei, welcher den Angeklagten und den Beschädigten selbst sieht, und den unmittelbarsten, frischesten und vollständigsten Eindruck aller Einzelnheiten des Processes in sich aufnimmt. Muß man, wie bei der Strafbemessung unvermeidlich ist, dem Gefühl, dem subjectiven Eindruck die Entscheidung anheimstellen, so ist es wohl am räthlichsten, auf das Ermessen desjenigen zu compromittiren, dessen Gefühl am lebhaftesten erregt ist, und der den verläßlichsten Eindruck empfängt. Namentlich zieht die öffentliche Rechtsordnung nur sehr geringen Nutzen davon, wenn eine höhere Instanz, ohne den Ausspruch über die Schuld zu verschärfen, die vom ersten Richter verhängte Strafe erhöht; und doch wird man, wenn man einmal ein Rechtsmittel gegen die Strafbemessung zuläßt, es unmöglich rechtfertigen können, wenn dasselbe dem Angeklagten allein zugestanden wird,

Konnte man sich nun, Rechnung tragend den herkömmlichen Anschauungen und dem häufigen Gebrauch, der gerade von dieser Art der Berufung gemacht wird, nicht entschließen, sie vollständig zu versagen: so hatte man doch hinlängliche Gründe, sie auf ein bescheidenes Maß zurückzuführen. Nach dem Entwurfe (§. 270) soll über diese Berufung (und zwar ohne Unterschied, ob es sich um das Urtheil eines Geschwornengerichtes handelt oder nicht) das Oberlandesgericht in letzter Instanz entscheiden, und soll sie dem Staatsanwalte nur dann zustehen, wenn eine außerordentliche Strafmilderung oder eine Strafverwandlung stattgefunden hat, dem Angeklagten dagegen nur dann, wenn der Gerichtshof nicht ohnehin schon von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat.

In gleicher Weise geht die Berufung gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche an das Oberlandesgericht.

G. Richtigkeitsbeschwerde.

I.

Durch die Beseitigung der Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen wird das Bedürfniß nach sorgsamer Regelung der Richtigkeitsbeschwerde gesteigert, insbesondere jener Beschwerde, vermöge welcher der Ausspruch über die Thatsachen aus dem Grunde angefochten wird, weil das Verfahren, aus dem er hervorging, an einem wesentlichen Formgebrechen leidet.

Die Beseitigung der Berufung und das Bestreben, alle nicht im Wesen des Schwurgerichtes begründeten Verschiedenheiten zwischen dem Schwurgerichtsverfahren und dem Verfahren vor rechtsgelehrten Richtern abzuschaffen, nöthigte daher auch zu eingehender Erwägung einer Frage, welche übrigens schon deßhalb einer neuerlichen Prüfung hätte unterzogen werden müssen, weil unverkennbar in den neueren Gesetzgebungsarbeiten eine von den Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 abweichende Richtung sich geltend macht.

Nach dem Vorbilde des englischen und französischen Rechtes hatte die St. P. O. von 1850 die Richtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes dann für unzuläßig erklärt (§. 355), wenn der Angeklagte von den Geschwornen für nicht schuldig erklärt, und in Folge dessen durch Verordnung des Vorsitzenden von der Anklage freigesprochen wurde (§. 340), während dann, wenn der Gerichtshof die nach dem

Ausspruch der Geschwornen begangene That als nicht strafbar erklärte, eine Losssprechung erfolgte (§. 343), gegen welche die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes zulässig war.

Abgesehen von dieser künstlichen Unterscheidung, welche, wie die Erfahrung anderer Länder beweist, selbst hinsichtlich der unrichtigen Anwendung des Gesetzes wieder neue Schwierigkeiten bereitet, war jene Bestimmung im Einklang mit den meisten der älteren deutschen Schwurgerichtsgesetze: Preußen Verord. von 1849, §. 142; Baiern §§. 230, 254; Baden §. 115; Hessen-Darmstadt §. 172; in neuerer Zeit haben sich Landgr. Hessen (Art. 309), Stadt Frankfurt (Art. 431), angeschlossen. Dagegen machte Würtemberg §. 193 II eine Ausnahme für den Fall nicht gehöriger Besetzung des Gerichtes; das preußische Gesetz vom Mai 1852 (Art. 109) für die Zusammensetzung des Schwurgerichtes und für Fehler in der Fragenstellung.

Weiter ging von Anfang an schon die Gesetzgebung des einzigen deutschen Staates, welcher auch die Entscheidungen des Richtercollegiums über Thatfragen für inappellabel erklärte; die Braunschweigische St. P. O. (§. 158) gibt dem Staatsanwalt die eigentliche Nichtigkeitsbeschwerde, wenn Mängel in Bezug auf die Besetzung des Gerichtes, dessen Zuständigkeit oder in Bezug auf die Person der Parteien vorliegen, und wenn wesentliche Vorschriften über das Verfahren verletzt sind, während die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des materiellen Gesetzes für sie ausgeschlossen ist. Die St. P. O. für die Thüringischen Staaten (Art. 306) läßt die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft nicht zu wegen ausdrücklich angedrohter Nichtigkeiten, wohl aber wegen Mängel in der Besetzung und Zuständigkeit, wegen nicht behobener Mängel des Verweisungserkenntnisses wegen Verweigerung oder Beschränkung gesetzlich zulässiger Mittel der Strafverfolgung. Das churhessische Gesetz vom 31. October 1848 (§§. 352, 355 und 356) stellt Staatsanwalt und Angeklagten gleich; ebenso die hannover'sche (§. 215, jetzt §. 221) und ebenso die sächsische St. P. O., welche allerdings keine Schwurgerichte, aber auch keine Berufung zum Nachtheile des Angeklagten hat. (Art. 349.)

Der preußische Entwurf von 1851 (§. 448) hatte dem Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde nur gewahrt, „wo die Stellung einer von der Staatsanwaltschaft beantragten Frage gesetzwidrig verweigert, und in Folge dessen der Angeklagte freigesprochen worden ist."

Die aus diesem Entwurfe hervorgegangenen neueren deutschen Gesetze und Entwürfe gehen jedoch weiter: die Oldenburgische Strafproceßordnung enthält nicht blos dieselbe Bestimmuug mit der Variante: „und in Folge dessen die Anklage nicht erschöpft worden ist," sondern stellt beide Theile überhaupt gleich (Art. 416), nur daß der Staatsanwalt nicht eine zu Gunsten des Angeklagten gegebene Bestimmung gegen diesen benutzen darf.

Der Bremische Entwurf (§. 613) enthält jenen Beisatz nicht, dagegen aber vollkommene Gleichstellung und erklärt das Urtheil für nichtig, wenn es nicht auf Grund eines ordnungsmäßigen Wahrspruches ergangen ist, oder wenn es mit solchem nicht in Einklang steht. Im Würtemberg'schen Entwurf (Art. 405 und 406, b), fehlen beide Specialiäten; es findet aber allgemeine Gleichstellung beider Parteien statt, mit vorsichtigerer, dem Angeklagten günstigerer Bezeichnung einzelner Richtigkeitsgründe.

Der großherzoglich-hessische Entwurf (Art. 439 und 440, Motive Seite 102 und 103) spricht volle Gleichstellung aus, und auch die Stände haben sich damit einverstanden erklärt.

Der hamburgische Entwurf spricht §. 244 die Gleichstellung aus; und wenn es im §. 243 am Schluß heißt: „Auch ist hinsichtlich alles dessen, was durch den Ausspruch der Geschwornen festzustellen ist, die Richtigkeitsbeschwerde unzulässig," — so kann dies wohl nur bedeuten, daß eine Prüfung des Inhalts des Wahrspruches nicht begehrt werden könne.

Der neueste badische Entwurf räumt dem Staatsanwalt die Richtigkeitsbeschwerde ein, wenn das Gericht versäumt oder verweigert hat, über dessen Anträge, welche den Gebrauch einer vom Gesetz ertheilten Befugniß bezwecken, eine Entscheidung zu geben (§. 373).

Auch in der Literatur fehlt es nicht an Stimmen, welche sich gegen die unbedingte Ausschließung der Richtigkeitsbeschwerde im Fall der Freisprechung durch die Geschwornen erklären. Namentlich Ruppenthal (Materialien zur Revision der rheinpreußischen Strafproceßordnung, Köln 1848, S. 345 ff) bemerkt darüber:

„Nicht blos zum Schutze eines Angeklagten, auch zum Schutze der Gesellschaft hat die Strafproceßordnung die Formen vorgeschrieben, durch deren Beachtung man die Wahrheit zu finden hoffen darf. Die Gesellschaft hat gleiche Rechte mit dem Angeschuldigten, sie darf for-

dern, daß dieser nur dann von der Anklage freigesprochen werde, wenn seine Unschuld in der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermittelt ist; sie hat das Recht, dieses zu fordern, wie der Angeschuldigte das Recht hat, zu begehren, nicht eher verurtheilt zu werden, als bis seine Schuld in gesetzlicher Form festgestellt ist. Die Verletzung dieser Reciprocität ist eine Ungerechtigkeit gegen den Angeklagten oder gegen den Staat. . . .

„Will man dem favor defensionis eine so große Bedeutung beilegen, daß er selbst eine so unverkennbare Ungerechtigkeit soll rechtfertigen können, warum bleibt man auf halbem Wege stehen? Warum hält man diese Ansicht nicht allgemein fest? Warum gestattet das Gesetz den Recurs gegen das Urtheil eines Zuchtpolizeigerichtes, das den Angeklagten in zweiter Instanz, als der That nicht überführt, freispricht? Hat vielleicht die Gesellschaft ein größeres Interesse an der Bestrafung eines Taschendiebes als an der Bestrafung eines Mörders? Das wird wohl Niemand behaupten wollen. Wie erklärt es sich aber aber alsdann, daß der freigesprochene Mörder frei, ungestraft bleiben soll, ohne alle Rücksicht auf das Ungesetzliche des Verfahrens, welches die Freisprechung zur Folge hatte: daß aber der freigesprochene Taschendieb durch alle möglichen Instanzen verfolgt werden kann?

„Das Zuchtpolizeigericht entscheidet, in den zu seiner Competenz gehörigen Sachen, über das Thatsächliche, wie die Geschwornen bei Verbrechen über das Thatsächliche entscheiden. Die Verschiedenheit zwischen Richtern und Geschwornen kann also kein Grund sein, die Gesellschaft gerade in den wichtigsten Fällen in ihren Rechten zu beschränken, in minder wichtigen ihr ein Rechtsmittel zu gewähren. Sind die Formen des Verfahrens nicht auch zum Schutze der Gesellschaft vorgeschrieben? und wer begreift es, daß diese Formen zum Nachtheile derselben ungerügt vernachlässigt werden dürfen?

„Will man consequent sein, so muß man das Princip des Artikel 409 ganz allgemein auf alle Urtheile aller Gerichte ausdehnen, welche den Beschuldigten, als der That nicht überführt, freisprechen: man muß den Recurs gegen alle solche freisprechende Urtheile unbedingt nur im Interesse des Gesetzes gestatten."

(Vergl. auch noch Walther Rechtsmittel §§. 57 ff. Schwarze in Weiskes Rechtslexicon. X. s. v. Schwurgericht S. 118).

Diese letztere Rücksicht mußte auch für den Entwurf den Ausschlag ge-

ben. Durch die Beseitigung der Berufung ist der einzige Unterschied gefallen, welcher zwischen den Urtheilen der Geschwornengerichte und der blos mit Staatsrichtern besetzten Gerichte bestand. Die Nichtigkeitsbeschwerde hat für beide Fälle dieselbe Bedeutung; wollte man sie in dem einen Falle ausschließen, so könnte man sie auch im andern nicht länger beibehalten. Man hatte nur die Wahl, entweder die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein auf Grund mangelhaften Verfahrens freisprechendes Urtheil ganz auszuschließen, damit aber auch allen Vorschriften, welche im Interesse eines unparteiischen, auch der Anklage gerechten Verfahrens gegeben sind, ihre Sanction zu entziehen und der Staatsanwaltschaft den wichtigsten Theil ihrer Aufgabe abzuschneiden; oder auch gegen das freisprechende Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde einzuräumen.

Man mußte sich aber für Letzteres um so mehr entscheiden weil gerade in Schwurgerichtsfällen auch die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes fast ganz vereitelt ist, wenn die Fragestellung nicht in das Bereich der Beschwerde gezogen wird; weil ferner eben das Schwurgerichtsverfahren so viele Begünstigungen des Angeklagten mit sich bringt, daß es nur gerecht ist, andererseits auch dafür Sorge zu tragen, daß die Anklage nicht in ihren gesetzlichen Proceßrechten beeinträchtigt werden könne, ohne Abhilfe zu finden.

Indeß ist es allerdings nicht nothwendig, Anklage und Vertheidigung auch hierin gleichzustellen. Der favor defensionis findet im Entwurf nach zwei Richtungen hin Anerkennung:

1. Hier, wie überall, kommt der Anklage nur Gewißheit, dem Angeklagten schon der Zweifel zu statten; Formverletzungen, welche zum Vortheil des Angeklagten nur dann nicht geltend gemacht werden können, wenn unzweifelhaft erkennbar ist, daß sie auf die Entscheidung keinen dem Angeklagten nachtheiligen Einfluß üben konnten, dürfen umgekehrt zu dessen Nachtheil nur dann geltend gemacht werden, wenn erkennbar ist, daß sie einen die Anklage beeinträchtigenden Einfluß auf die Entscheidung zu üben vermochten.

2. Es ist zwar im Allgemeinen schon bei Aufstellung der Nichtigkeitsgründe dafür gesorgt, daß das nachträgliche Hervorsuchen von Nichtigkeitsgründen, deren Eintreten zu verhüten die Partei in der Lage war, möglichst erschwert werde. Der Staatsanwaltschaft aber ist im Entwurf die Möglichkeit ganz abgeschnitten, nach der Freisprechung des Angeklagten nachträglich Nichtigkeitsgründe hervorzusuchen, und

unter diesem Vorwande den Proceß zu erneuern. Diejenigen Nichtigkeitsgründe, bei welchen dies zu besorgen wäre, kann daher der Ankläger nur dann geltend machen, wenn er sich der Formverletzung widersetzt, die Entscheidung des Gerichtshofes begehrt und sofort nach der Verweigerung oder Verkündigung des Zwischenerkenntnisses die Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet hat. (§. 268 letzter Absatz, §. 333 letzter und vorletzter Absatz.)

II.

Für jene Seite der Thätigkeit des Cassationshofes, welche eintritt, wenn die Beschwerde gegen den Ausspruch über die Thatsachen gerichtet ist, sei dieser nun von einem Richtercollegium oder von einer Jury gefällt, ist die genaue Feststellung der Nichtigkeitsgründe, die klare Bezeichnung der Bedeutung, welche ihrem Vorhandensein beizulegen ist, von besonderer Wichtigkeit.

Mit vollem Recht hat die Strafproceßordnung von 1850 zwischen jenem Systeme, welches nur ausdrücklich im Gesetze bezeichnete Nichtigkeitsgründe anerkennt, und dem entgegengesetzten, welches Alles von der richterlichen Beurtheilung des einzelnen Falles abhängig macht, einen Mittelweg eingeschlagen, vermöge dessen der letzteren zwar ein hinlänglich weiter Spielraum gegönnt, zugleich aber auch dafür gesorgt ist, daß auf solche Förmlichkeiten, auf welche das Gesetz einen besonderen Werth legt, Richter und Parteien, durch Androhung der Nichtigkeit ausdrücklich aufmerksam gemacht werden.

Der Entwurf behält dieses System bei, und macht es sich nur zur besonderen Aufgabe, einerseits gegen jede wirkliche Verletzung von Proceßrechten Abhilfe zu verschaffen, andererseits aber frivolen Nichtigkeitsbeschwerden möglichst jeden Vorwand abzuschneiden. In ersterer Richtung ist namentlich die Bestimmung des §. 268, Z. 4, zu erwähnen, welche überall die Nichtigkeit eintreten läßt, wo trotz des Widerstandes des Beschwerdeführers „Gesetze oder Grundsätze des Verfahrens hintangesetzt oder unrichtig angewendet worden sind, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Strafverfolgung und die Vertheidigung sichernden Verfahrens geboten ist“ — eine Bestimmung, welche viel weiter geht als die entsprechende in der Strafproceßordnung von 1850.

Andererseits ist aber auch im §. 268, Z. 1. 2, 4 (vergl. §. 333), zur Bedingung gemacht, daß der Beschwerdeführer seinerseits bei der

Verhandlung das Eintreten des Nichtigkeitsgrundes abzuwenden bemüht war. Eine andere im Schlußabsatz der §§. 268 und 333 ausgedrückte Beschränkung ist bereits unter I. erwähnt.

Wichtiger sind jene Abweichungen von der Strafproceßordnung von 1850, welche sich auf die dem Eintritte eines Nichtigkeitsgrundes beizulegende Bedeutung beziehen. Nach der Strafproceßordnung von 1850 war zu unterscheiden, ob die Nichtigkeit vor oder nach Fällung des Verweisungserkenntnisses begangen worden ist; im letzteren Falle ist die Folge der Verletzung einer Vorschrift, deren Beobachtung das Gesetz unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit verlangt, leicht zu erkennen. Die Nichtigkeit bezieht sich dann nämlich auf die Hauptverhandlung und auf deren Ergebniß, das Endurtheil; anders verhält es sich aber dann, wenn der Nichtigkeitsgrund vor dem Verweisungserkenntniß eintritt, da das Gesetz davon ausgeht, daß der Nichtigkeitsgrund sodann entweder durch Unterlassung der Geltendmachung oder durch die Zurückweisung des gegen das Verweisungserkenntniß ergriffenen Rechtsmittels gehoben sein müsse.

Untersucht man nun genauer, welche Folgen es hatte, wenn im Laufe der Voruntersuchung eine durch ausdrückliche Nichtigkeitsandrohung geschützte Vorschrift verletzt wurde, so zeigt sich, daß wieder zu unterscheiden war zwischen jenen Fällen, wo die Sache vor das Geschwornengericht, und jenen, wo sie vor das Bezirkscollegialgericht gehörte. Im letzteren Falle ist es durchaus dem Oberlandesgericht anheimgestellt, welchen Werth es der vorgefallenen Nichtigkeit beimißt; hält es, der Nichtigkeit ungeachtet, das Verweisungserkenntniß für begründet, so wird es dasselbe bestätigen, und es bleibt daher jede praktische Folge aus, welche man an die ausdrücklich angedrohte und wirklich eingetretene Nichtigkeit eines Actes der Voruntersuchung geknüpft glauben könnte. — Anders verhält es sich, wenn das Verweisungserkenntniß von der Anklagekammer des Oberlandesgerichtes gefällt worden ist; hier ist dem Cassationshofe die Pflicht auferlegt, wenn wesentliche Förmlichkeiten des Verfahrens verletzt wurden, die Nichtigkeit der einzelnen gesetzwidrigen Handlung auszusprechen, nach Umständen die Verbesserung des Verfahrens anzuordnen, und die Sache zu neuerlicher Entscheidung zu verweisen (§. 244 der Strafproceßordnung von 1859). Damit ist aber der Zweck jeder Nichtigkeitserklärung — die Partei gegen die Nachtheile zu schützen, welche aus dem

gesetzwidrigen Acte entstehen können — keineswegs erreicht. Bei genauerer Betrachtung überzeugt man sich nämlich, das die wesentliche Bedeutung des Nullitätssystems sich an dem Beweisverfahren äußern muß. Indem das Gesetz darauf verzichtet, Normen aufzustellen, welche den Richter bei der Würdigung des geführten Beweises leiten sollen und zugleich Anhaltspunkte für die spätere Prüfung des inneren Werthes dieses Urtheiles bieten, muß es (wie bereits bemerkt wurde) einen um so größeren Werth darauf legen, durch achtsame Ordnung des Verfahrens dafür zu sorgen, daß mindestens solche Beweismittel von der Einflußnahme auf den erkennenden Richter ausgeschlossen bleiben, welche schon nach äußeren Merkmalen als unzulässig erkennbar sind. Wenn also die Nichtigerklärung eines Proceßactes wirklich von Bedeutung sein soll, so kann diese nur darin bestehen, daß das Definitiv-Erkenntniß dem Einfluß des nichtigen Actes unbedingt entzogen und im entgegengesetzten Falle selbst als nichtig angesehen wird.

Es sei gestattet, an einem Beispiele die Consequenz dieser Auffassung zu entwickeln.

Im §. 178 St. P. O. von 1850 ist eine Reihe von Fällen aufgezählt, in welchen die Beeidigung des Zeugen bei sonstiger Nichtigkeit unterbleiben muß. Wurde nun einer der dort erwähnten Zeugen in der Hauptverhandlung beeidigt, so wäre die Wirkung die, daß das Erkenntniß, beziehungsweise der Wahrspruch der Geschwornen, nichtig ist. (§. 352 lit. c. St. P. O. von 1850.) Es ist dies auch vollkommen richtig, weil ja eben der Ausspruch des Gerichtes und der Geschwornen jeder Berechnung und jeder Prüfung von Seite des Cassationshofes entzogen ist, und der Cassationshof eben darum gar nicht zu ermessen vermag, welchen Einfluß die gesetzwidrige Beeidigung auf die Ueberzeugung der Richter oder Geschwornen geübt habe. Nimmt man nun aber den Fall an, daß die Beeidigung im Laufe der Voruntersuchung erfolgte, so wird die Nichtigkeit des Actes, selbst wenn sie vom Cassationshofe ausdrücklich ausgesprochen ist, die Verweisung zur Hauptverhandlung schwerlich hindern; gesetzt nun, es würde bei letzterer das über den nichtigen Act aufgenommene Protokoll verlesen, so würde der Eindruck bei Richtern und namentlich bei Geschwornen zwar wesentlich derselbe sein, als wenn der Act selbst in der Hauptverhandlung vorgenommen wird, die processualische Wirkung aber wäre eine ganz verschiedene, weil die Nichtigkeit nicht als in der Hauptverhandlung

begangen angesehen würde und das Erkenntniß unanfechtbar wäre. Es springt in die Augen, wie groß die praktische Bedeutung dieser in der St. P. O. von 1850 festgehaltenen Verschiedenheit ist und daß dadurch die Androhung der Nichtigkeit gerade für den einflußreichsten Theil des Verfahrens fast zur leeren Formel herabsinkt.

Der Entwurf hat daher die entschiedensten inneren Gründe für sich, wenn er (was übrigens auch durch die Beseitigung des Verweisungs-Erkenntnisses fast zur Nothwendigkeit wird) jene Unterscheidung aufgibt und der im Laufe der Voruntersuchung begangenen Nichtigkeit die Wirkung durchwegs beilegt, daß sich jede Partei der Verlesung des über den nichtigen Act aufgenommenen Protokolles widersetzen kann, und daß diese Verlesung bei sonstiger Nichtigkeit des Endurtheiles unterbleiben muß. (§. 268 Z. 2, §. 333 Z. 3.)

Noch durch eine andere Neuerung des Entwurfes wird der gesetzlichen Androhung der Nichtigkeit jene Wirksamkeit gesichert, welche ihr nach der früher entwickelten Auffassung zukommen muß.

Ist nämlich constatirt, daß in der Hauptverhandlung eine Nichtigkeit begangen wurde, so ist das Erkenntniß selbst, soweit es von dem Nichtigkeitsgrunde berührt ist, nichtig und es muß daher eine neue Verhandlung stattfinden. Für die schwurgerichtlichen Fälle ist dieser Gedanke auch in der Strafproceßordnung von 1850 mit voller Consequenz durchgeführt worden; anders in jenen Fällen, wo das Bezirkscollegialgericht zu entscheiden hatte. Hier nämlich tritt eine doppelte Abschwächung des Princips ein:

a) Die Berufungsbehörde, welche das Vorhandensein eines Nichtigkeitsgrundes constatirt, ist demungeachtet nicht berechtigt, eine nochmalige Verhandlung in erster Instanz und eine abermalige Entscheidung eines ersten Richters herbeizuführen, sondern sie hat sich selbst an des Letzteren Stelle zu setzen, und das Urtheil zu fällen, ganz ebenso, wie dies auch ohne Constatirung eines Nichtigkeitsgrundes hätte geschehen müssen.

b) Wenn der Cassationshof sich überzeugt, daß in der Hauptverhandlung erster Instanz eine Nichtigkeit begangen worden sei, welche jedoch die Berufungsbehörde nicht anerkannt hat, so kann er dagegen eine Abhilfe nicht gewähren.

Eines wie das Andere beeinträchtigt die Wirksamkeit der Nichtigkeitsandrohung; insbesondere entbehrt die zweite dieser Ausnahmen

selbst vom Standpunkte des Berufungssystems der innern Berechtigung. Es ist offenbar etwas ganz Anderes, ob ein Gericht, welches in das Innere einer Sache einzugehen hat, sich über ein bloßes Formbedenken hinaussetzt, als wenn ein blos an die äußere Form gewiesenes Gericht verhalten werden soll, über eine vorhandene und nicht berücksichtigte Nichtigkeit hinauszugehen. Gerade weil der Berufungsrichter zugleich in der Sache entscheidet, läßt sich nicht bemessen, wie seine Entscheidung ausgefallen wäre, wenn der vorhandene Nichtigkeitsgrund von ihm richtig aufgefaßt worden wäre. Beide Ausnahmen entfallen nun nach dem Entwurf mit der Berufung selbst, durch welche sie hervorgerufen wurden.

III.

Auch in Bezug auf jene Nichtigkeitsbeschwerden, welche wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes ergriffen werden, weicht der Entwurf wesentlich von der Strafproceßordnung von 1850 ab. Für die Stellung des Cassationshofes war nämlich der Gedanke maßgebend, daß die Feststellung der Thatsachen auch von einem minder ansehnlichen Gerichte mit genügender Verläßlichkeit vorgenommen, dem obersten Gerichtshofe aber schon deßhalb nicht aufgebürdet werden könne, weil dadurch die Arbeitslast desselben zu sehr vermehrt, und das Geschäft selbst wegen der großen Entfernung vom Orte der That allzusehr erschwert würde; dagegen ist es vollkommen angemessen, daß die letzte Entscheidung der auftauchenden Rechtsfragen einem und demselben höchsten Gerichte vorbehalten bleibe. Wenn jedoch das französische Recht, statt hieran fest zu halten, den obersten Gerichtshof in eine Stellung zu bringen sucht, in welcher er überhaupt nicht urtheilen, sondern nur auf die Urtheilsfällung anderer Gerichte einen wesentlich negativen, die Verletzung des Gesetzes verhindernden Einfluß üben soll: so führt dies nur zu Weitläufigkeiten, zu beschwerlichen Wiederholungen derselben Proceßacte, während der eigentliche Zweck, den Cassationshof auf eine streng negative Wirksamkeit zu beschränken, dadurch nicht erreicht wird.

Der Entwurf beruht nun auf der Erwägung, daß weder innere noch äußere Gründe bestehen, an dieser nur den französischen Verhältnissen, oder vielmehr nur den französischen Vorstellungen angepaßten Einrichtung fest zu halten. Es wird daher sorgfältig unterschieden, ob die Nichtigkeitsbeschwerde den Zweck hat, die Beseitigung des über die Thatsache gefällten Ausspruches (Wahrspruches) oder die Abänderung

des auf diesen Ausspruch gestützten Urtheils herbeizuführen. So weit es sich lediglich um letztere handelt, ist vom Cassationshofe jedenfalls zu prüfen, ob das Untergericht das Gesetz richtig angewendet habe oder nicht. Dieser verneinende Ausspruch ist aber gar nicht denkbar, ohne daß demjenigen, welcher ihn fällt, vollkommen deutlich geworden ist, in welchem Sinne der richtige Ausspruch hätte ergehen müssen, oder wenigstens welche Thatsachen für denselben als erheblich anzusehen und vorläufig festzustellen gewesen wären. Handelt es sich also lediglich um die unrichtige Anwendung des Gesetzes, und findet der Cassationshof in den unterrichterlichen Erkenntnissen (in dem Wahrspruch der Geschwornen) jene Thatsachen festgestellt, welche er seinem Erkenntnisse zu Grunde zu legen zu müssen meint, so entscheidet er sofort in der Sache selbst (§§. 275 Z. 3 und 335). Nur wenn die nach seiner Auffassung erheblichen Thatsachen noch nicht festgestellt sind, vernichtet er das in Beschwerde gezogene Erkenntniß und verweist die Sache zu nochmaliger Verhandlung an das Untergericht; aber auch in diesem Falle ist der Geschäftsgang ein wesentlich vereinfachter, weil die untere Instanz an die Rechtsansicht des Cassationshofes gebunden ist (§. 280 des Entw.)

Durch diese letztere Bestimmung wird namentlich verhindert, daß die Strafsache zum Gegenstande eines peinlichen und jeder praktischen Bedeutung entbehrenden, die Stetigkeit der Rechtspflege bloßstellenden Wechsels der Entscheidungen verschiedener Gerichte werde. Ist der Cassationshof so gestellt, daß jede Rechtsfrage an ihn gebracht werden kann, und daß er jede in letzter Instanz entscheidet, hat er überdies seine rechtliche Beurtheilung des einzelnen Falles bereits in feierlicher Weise ausgesprochen, so kann es der Sache, welche der untere Richter für die gerechtere ansieht, wenig helfen, wenn er seine abweichende Ueberzeugung in dem neuen Urtheile ausspricht. Bei zweckmäßiger Einrichtung des obersten Gerichtshofes ist mit voller Bestimmtheit vorauszusehen, daß auch dieses Urtheil wieder beseitigt und im Sinne des Cassationshofes abgeändert werde. Es kann also das Gewissen auch des gerechtesten Richters unmöglich beeinträchtigen, wenn er verhalten wird, seiner Entscheidung die Auffassung eines höheren Gerichtes zu Grunde legen, welche bereits in bestimmter Weise ausgesprochen wurde, und sich nothwendig als die maßgebende behaupten muß.

Gesetzt z. B. es hätte das Untergericht in der dem Angeklagten zur Last gelegten That den Thatbestand des Betruges gefunden, und deß-

halb dessen Angabe, es sei der ganze aus der That entstandene Schade von ihm ersetzt worden, unberücksichtigt gelassen, der Cassationshof dagegen erkläre die That als Veruntreuung und könne nur deßhalb ein definitives Erkenntniß nicht fällen, weil es an der Feststellung der erwähnten Thatsachen fehlt, so wird zwar die Sache zu nochmaliger Verhandlung an das Untergericht zurückgelangen, allein es würde offenbar zwecklos sein, wenn dieses letztere, an der früheren Auffassung festhaltend, ohne jenen Thatumstand zu untersuchen, oder selbst trotzdem daß er constatirt ist, den Angeklagten abermals wegen Betruges verurtheilen würde. Es ist mit Bestimmtheit vorauszusehen, daß der Angeklagte abermals die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen und daß der Cassationshof entweder sein früheres Erkenntniß wiederholen oder wenn der fragliche Umstand festgestellt ist, den Angeklagten sofort freisprechen werde.

Praktischen Werth würde das Beharren der untern Instanz auf ihrer abweichenden Rechtsansicht erst dann haben, wenn es bewirken würde, daß die Sache beim Cassationshofe vor andern Richtern in abermalige Erwägung gezogen wird; allein eine solche Einrichtung läßt sich nicht empfehlen, soweit es sich nicht um die Feststellung abstracter Rechtssätze, sondern um die Erledigung eines bestimmten Falles handelt. Offenbar ist es nothwendig, die Versammlungen des Cassationshofes so einzurichten, daß für sachgemäße Entscheidungen volle Sicherheit geleistet ist; sobald dies der Fall ist, kann die freiwillige Unterwerfung einer unteren Instanz die Autorität des vom Cassationshofe gefällten Spruches nicht erhöhen, ihr Widerspruch sie nicht mindern. Im entgegengesetzten Falle heißt es den Ausgang der Sache vom Zufalle abhängig machen, wenn die untere Instanz darüber zu entscheiden hat, ob der Ausspruch des Cassationshofes einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen sei.

H. Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

Unbestreitbar ist jenes Hauptstück der Strafproceß-Ordnung von 1850, welches von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens handelt, mehr als irgend eine andere Partie jenes Gesetzes in formeller und materieller Beziehung mangelhaft befunden worden. Es war daher nothwendig, dieses Hauptstück einer vollständigen Umarbeitung (unter Berücksichtigung der neuesten deutschen legislativen Arbeiten, namentlich

der sächsischen und oldenburgischen Strafproceß-Ordnung, und der Entwürfe von Preußen und Hessen-Darmstadt) zu unterziehen:

I. Vor Allem muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Entwurf eine Reihe von Fällen anführt, in welchen das Strafverfahren sofort und unabhängig von den Bedingungen und Förmlichkeiten der Wiederaufnahme eingeleitet oder fortgesetzt werden kann, und zwar:

1. Wenn Vorerhebungen eingestellt wurden, ehe eine bestimmte Person als Angeschuldigter behandelt ward. Es ist in diesem Falle mit dem Angeschuldigten ein Strafproceß nicht geführt worden und es ist daher auch bezüglich seiner ein Erkenntniß nicht ergangen, auf dessen Rechtskraft er sich berufen könnte (§. 354, Z. 1 des Entwurfes.) Wann aber Jemand als Angeschuldigter behandelt sei, dies wird nach §. 36 des Entwurfes nicht zweifelhaft sein können.

2. In jenen Fällen, in welchen eine Verfolgung nur auf Verlangen eines Betheiligten stattfinden kann, muß der Proceß sofort durch Einstellung, Zurückweisung der Anklage oder Freisprechung beendigt werden, sobald sich zeigt, daß es an dem erforderlichen Verlangen des Betheiligten fehle. Es ist jedoch einleuchtend, daß das Versehen, durch welches dem Privatankläger vorgegriffen wurde, dem Rechte dieses Letzteren keinen Abbruch thun könne. In einem solchen Falle bleibt es dem Privatankläger (ohne Rücksicht auf das inzwischen Vorgefallene) unbenommen, seine Klage anzubringen. (§. 354, Z. 2 der Entwurfes.)

Anders verhält es sich dagegen dann, wenn der berechtigte Privatankläger seinen Strafantrag zurückgenommen hat. Da dies nämlich durchaus seiner Willkür anheimgestellt ist, und er durch eine darauf gerichtete Erklärung der weiteren Verhandlung der Sache und einer vollständigen Rechtfertigung des Angeschuldigten zuvorkommen kann, so ist es nur gerecht, wenn die durch ihn selbst herbeigeführte richterliche Entscheidung den Angeschuldigten definitiv und für immer gegen jede weitere Verfolgung und Verdächtigung schützt. (§. 345, letzter Absatz, des Entwurfes.)

Möglicherweise könnte sich noch ein anderes Verhältniß ergeben, daß nämlich später unternommen würde, darzuthun, es sei mit Unrecht die dem Angeschuldigten zur Last fallende That als eine solche angesehen worden, welche nur auf Verlangen des Betheiligten bestraft werden könne. Dennoch schien es, wenigstens vom Standpunkte des österreichi-

schen Rechtes aus (vgl. dagegen Sächs. Strafproceß-Ordnung, Art. 386 al. 2), nicht nothwendig, eine besondere Vorkehrung für diesen Fall zu treffen. In der Regel nämlich wird die frühere verfehlte Entscheidung auf einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes beruhen. Eine solche Entscheidung ist aber mit Recht unanfechtbar geworden, sobald die Rechtsmittel gegen dieselbe erschöpft oder unterlassen worden sind. Dazu kömmt aber noch, daß die auf Verlangen eines Betheiligten zu verfolgenden strafbaren Handlungen nach österreichischem Recht zumeist nur Uebertretungen bilden, welche, ausgenommen im Falle der Concurrenz mit Verbrechen oder Vergehen, von den Bezirksgerichten abgeurtheilt werden; gegen Mißgriffe, welche die Bezirksgerichte in dieser Richtung begehen, schützt nun die später unter 4. anzuführende Bestimmung. Es blieben also nur noch solche Fälle übrig, wo entweder, obgleich die Handlung als Uebertretung angesehen wurde, ein Collegialgericht über dieselbe abgeurtheilt hat, oder wo die Handlung an sich schon als Vergehen (Ehrenbeleidigung durch Druckschriften oder Nachdruck) angesehen wurde. Andererseits aber kann man bei der geringen Zahl und der eigenthümlichen Beschaffenheit jener strafbaren Handlungen, welche nach österreichischem Recht nur auf Verlangen eines Betheiligten verfolgt werden können, wohl annehmen, daß die Fälle äußerst selten seien, in welchen in Folge mangelhafter Kenntniß der Thatsachen das Delict nicht als ein von Amtswegen zu verfolgendes erkannt wird. Es schien daher auch nicht nothwendig, um dieser Fälle willen das Princip der Unanfechtbarkeit des Urtheils einer weiteren Einschränkung zu unterwerfen.

3. Die Behandlung, welche das österreichische Gesetz bei der Concurrenz mehrerer strafbarer Handlungen derselben Person vorschreibt, läßt es allerdings als wünschenswerth erscheinen, daß über alle solche Handlungen gleichzeitig durch ein Urtheil entschieden werden könne; allein dennoch wäre es begrifflich nicht gerechtfertigt, wenn man die wegen einer vor dem Urtheil begangenen, aber erst später entdeckten strafbaren Handlung einzuleitende Untersuchung unter den Gesichtspunkt der Wiederaufnahme des Verfahrens brächte, während doch das erste Verfahren sich auf diese Handlung überhaupt nicht erstreckte und nur den Einfluß haben könnte, daß nach der Schuldigerklärung wegen der neuen Handlung der Richter das frühere Urtheil und die Bestimmung des §. 34 des Strafgesetzes zu berücksichtigen hat.

Es ist übrigens bereits früher nachgewiesen worden, daß die eben angeführte Bestimmung des Strafgesetzes die Untrennbarkeit und Untheilbarkeit der wegen verschiedener strafbaren Handlungen desselben Angeklagten zu führenden Untersuchung keineswegs zur nothwendigen Folge habe. Vielmehr wird nach dem Entwurf der Fall einer abgesonderten Verhandlung über einzelne der concurrirenden Delicte ziemlich häufig vorkommen und ist für denselben auch im Entwurf bereits Vorsorge getroffen (§§. 252, 253, 326 Absatz 2, 339 Absatz 2). Es mußte daher auch ausgesprochen werden, daß es einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens nicht bedürfe, wenn dem Staatsanwalt bei der Beendigung des Strafverfahrens wegen eines Verbrechens oder Vergehens die Verfolgung wegen anderer strafbarer Handlungen vorbehalten wurde, oder wenn sich erst nachher Verdachtsgründe einer anderen früher begangenen strafbaren Handlung ergeben. (§. 354, Z. 3.)

4. Die österr. Gesetzgebung hatte sich in den letzten Jahren wiederholt genöthigt gesehen, für den Fall besondere Vorkehrungen zu treffen, wo ein Bezirksgericht ein Verbrechen oder Vergehen als Uebertretung behandelt hat. Die Hauptveranlassung hiefür lag allerdings in dem Umstande, daß der Staatsanwaltschaft die unmittelbare Mitwirkung bei dem vor dem Bezirksgerichte stattfindenden Verfahren entzogen war und daß die Gerichtsbarkeit in Uebertretungsfällen zum Theil nichtrichterlichen Behörden überlassen wurde. Beide Uebelstände werden durch den Entwurf behoben, allein immerhin wird die Vertretung der Staatsanwaltschaft bei den Bezirksgerichten noch so beschaffen sein, daß die oben erwähnte Gefahr keineswegs ausgeschlossen ist und es war deshalb nothwendig, gegen dieselbe Vorkehrungen zu treffen.

Das Urtheil, welches das Bezirksgericht über ein Verbrechen oder Vergehen fällt, ist wegen absoluter Incompetenz des Gerichtes an sich (ipso jure) nichtig, und kann der Einleitung des allein gesetzmäßigen Verfahrens so wenig im Wege stehen, als etwa eine aus Anlaß jenes Delictes eingetretene Administrativmaßregel. Die für das Verbrechen oder Vergehen zuständigen Strafbehörden können also ungeachtet eines Urtheils einschreiten und haben blos bei der Strafbestimmung auf das bereits erlittene Strafübel nach dem in der österreichischen Gesetzgebung allgemein anerkannten Rechtsgrundsatze Rücksicht zu nehmen. Indeß schien es gerecht, diese immerhin harte Procedur auf das Maß des brin-

gendsten Bedürfnisses einzuschränken. Aus diesem Grunde bestimmt der Entwurf (§. 354, Z. 4):

a) daß sie nur eintreten könne, wenn sich blos das Bezirksgericht in seiner Entscheidung vergriffen hat; ist daher der Mißgriff von einem Collegialgericht und also unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft zuerst begangen, oder in Folge der Ergreifung eines Rechtsmittels bestätigt worden, so kann weder von einer Wiederaufnahme des Verfahrens noch von einer abermaligen Verfolgung die Rede sein.

b) Seit der Entscheidung des Bezirksgerichtes dürfen nicht mehr als 6 Monate, und wenn es sich um ein schweres Verbrechen handelt, nicht mehr als 12 Monate verflossen sein.

c) Unerläßliche Voraussetzung ist, daß die Behandlung als Uebertretung aus unrichtiger Anwendung des Gesetzes entsprungen sei. Beruht sie dagegen auf unrichtiger Feststellung der Thatsachen, dann bedarf es Angesichts des rechtskräftigen Erkenntnisses über dieselben jedenfalls einer Wiederaufnahme des Verfahrens, welche an die allgemeinen Bedingungen geknüpft und überdies in dem Falle ganz ausgeschlossen ist, wo die als Uebertretung bestrafte Handlung sich nur als ein Vergehen darstellt. (§. 346, Z. 3 des Entw.)

d) Es bedarf nicht erst einer ausdrücklichen Erwähnung, daß auch in dem hier berücksichtigten Falle das neue Verfahren nur auf Verlangen des Staatsanwaltes eingeleitet werden könne.

II. Zu der Wiederaufnahme des Strafverfahrens selbst übergehend, muß man zunächst jene Fälle berücksichtigen, in welchen es zu der Hauptverhandlung und zu einem Endurtheil nicht gekommen ist, Ohne nämlich der äußeren Form einen allzugroßen Werth beizulegen, muß man doch dem großen Unterschied Rechnung tragen, welcher zwischen einem in öffentlicher Hauptverhandlung ergangenen Endurtheil und allen anderen den Proceß beendigenden Verfügungen besteht. Wenn die Staatsanwaltschaft die Sache auf Grund ungenügender Beweise bis zur Hauptverhandlung gelangen läßt, so ist es nur gerecht, daß die daraus erwachsenden processualischen Nachtheile dem Angeklagten zu Statten kommen, und die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen das freisprechende Erkenntniß nur unter Formen stattfindet, welche gegen Mißbrauch den entschiedensten Schutz gewähren. Anders dagegen, wenn

die Staatsanwaltschaft oder das Gericht, eben weil sie die Sachlage als nicht genügend aufgeklärt ansahen, das Verfahren noch vor der Hauptverhandlung abbrachen. Hier scheint es gerechtfertigt, die Wiederaufnahme des abgebrochenen Verfahrens an minder strenge Bedingungen zu knüpfen.

Der Entwurf läßt daher in solchen Fällen die Wiederaufnahme des Verfahrens dann zu, wenn neue Beweismittel beigebracht werden, welche entweder früher vorhandene Verdachtsgründe verstärken oder neue liefern. Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens kann nur vom Staatsanwalt oder Privatankläger, nicht aber vom Privatbetheiligten gestellt werden. Die Entscheidung steht in erster Instanz der Rathskammer, in zweiter und letzter dem Oberlandesgerichte zu.

III. Handelt es sich um die Wiederaufnahme des durch ein Endurtheil geschlossenen Verfahrens, so ist zu unterscheiden zwischen der Wiederaufnahme zu Gunsten und der zum Nachtheil des Angeklagten. Die Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten kann überall eintreten, wo zu gewärtigen ist, daß er freigesprochen, oder daß seine That unter einen milderen Straffatz gebracht werden könne; während für den Fall, wo nachträglich Milderungsgründe hervorkommen, welche eine mildere Bemessung der Strafe *innerhalb des gesetzlichen Straffatzes* herbeiführen können, der §. 405 des Entw. ein einfacheres Verfahren vorschreibt. Den Antrag auf Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten können nicht nur alle Personen stellen, welche zur Ergreifung der Berufung berechtigt sind, sondern es ist hiezu auch der Staatsanwalt eintretenden Falls verpflichtet. Letztere Bestimmung erweist sich deßhalb als unentbehrlich, weil neue Beweismittel sehr häufig gerade aus Anlaß anderer strafgerichtlicher Untersuchungen hervorkommen, und dann zwar nicht dem Angeklagten und seinen Angehörigen, wohl aber dem Staatsanwalt bekannt werden.

Was die objectiven Bedingungen der Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten betrifft, so zählt der Entwurf drei Fälle auf, in welchen sie zuläßig ist:

a) Wenn das frühere Urtheil durch eine strafbare Handlung herbeigeführt wurde;
b) wenn neue Thatsachen oder Beweise beigebracht werden (gleichviel also, ob sie dem Angeklagten früher bekannt waren oder nicht) und

c) wenn zwei Erkenntnisse mit einander in unlösbarem Widerspruch stehen.

Von diesem letzteren Falle ist insbesondere zu bemerken, daß er die Cassirung der beiden einander widersprechenden Erkenntnisse keineswegs zur Nothwendigkeit macht; er bezeichnet lediglich eine Voraussetzung, welche den Angeklagten berechtigt, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu begehren.

Wenn also von den zwei durch widersprechende Erkenntnisse Verurtheilten der Eine die Wiederaufnahme begehrt, der Andere, eben weil er sich seiner Schuld bewußt ist, eine solche Forderung nicht stellt, so ist auch kein Grund vorhanden, den letzteren einem nochmaligen Verfahren zu unterwerfen.

Der eben unter c) angegebene Grund einer Wiederaufnahme ist lediglich ein formeller und er kann daher zum Nachtheil eines Angeklagten nicht benützt werden; außerdem besteht zwischen den Bedingungen beider Arten der Wiederaufnahme des Verfahrens noch der Unterschied, daß, wo es sich um die Wiederaufnahme zum Nachtheil des Angeklagten handelt, die neuen Thatsachen oder Beweismittel sich erst nach dem früheren Verfahren ergeben haben müssen, — Beweismittel also, deren Dasein der Staatsanwaltschaft zur Zeit des ersten Verfahrens noch nicht bekannt war. Diese Begünstigung des Angeklagten ist wohl um so eher zu rechtfertigen, weil bekanntlich das englische Recht eine Wiederaufnahme zum Nachtheil des Angeklagten gar nicht zuläßt, und die neuere deutsche Gesetzgebung theils überhaupt nicht (Braunschweig, §. 173; Oldenburg, Art. 463; Hannover, §. 229), theils nur auf Grund solcher Beweise sie gestattet, welche schon an sich und ohne daß es eines Zurückgehens auf die Ergebnisse der früheren Beweisaufnahme in Betreff der Thäterschaft bedarf, geeignet sind, die Ueberführung des Angeklagten zu begründen. (Vrgl. Strafproceß-Ordn. v. 1850, §. 393; Sächs. Strafpr.-Ordn. Art. 386, Großherzogl. Hessischer Entw. Art. 455.)

Die Wiederaufnahme zum Nachtheile des Angeklagten kann auch zum Zweck haben, die Verurtheilung des früher milder behandelten Angeklagten nach einem strengeren Strafgesetze zu erwirken. Es versteht sich von selbst, daß auch diese Art der Wiederaufnahme nur in soferne zulässig ist, als dargethan werden kann, daß das erste Urtheil auf unvollständiger Feststellung der Thatsachen beruhe und daher nur unter jenen Voraussetzungen zugelassen werden kann, unter welchen die Wie-

deraufnahme gegen ein freisprechendes Urtheil stattfindet. Außerdem aber muß diese Art der Wiederaufnahme noch an die Voraussetzung geknüpft sein, daß zwischen der bereits verhängten und der in dem neuen Urtheil zu gewärtigenden Strafe ein sehr erheblicher Unterschied bestehe. Bei der Feststellung der Bedingungen hält sich der Entwurf im Wesentlichen an die Bestimmungen des §. 368 der jetzt geltenden Strafproceß-Ordnung; theils — weil gerade bei Fragen dieser Art, wo mehr oder weniger willkürlich Grenzlinien gezogen werden müssen, das Schwanken der Gesetzgebung doppelt peinlich ist; theils weil dem jetzigen Gesetze ein leicht zu durchschauender Gedanke zu Grunde liegt — daß nämlich zwischen der angewendeten und der wirklich anzuwendenden Strafabstufung noch eine in der Mitte liegt. Auch hält sich das Gesetz von 1853 an das angewendete S t r a f g e s e t z, das von 1850 an die a u s g e s p r o c h e n e Strafe, wodurch bei der sehr häufig vorkommenden Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes jeder feste Anhaltspunkt verloren geht. Von dem §. 368 der Strafproceß-Ordnung von 1853 weicht der Entwurf (§. 346) der Sache nach nur darin ab, daß nach diesem die Behandlung eines Vergehens als Uebertretung keinen Grund zur Wiederaufnahme bilden soll. Diese Abweichung findet ihre Rechtfertigung wohl darin, daß das gegenwärtige Strafgesetz die Vergehen keineswegs so gestellt hat, daß dieselben im Vergleich mit den Uebertretungen unbedingt als die schwerer verpönten Handlungen anzusehen wären.

IV. Bei Feststellung der bei der Wiederaufnahme gegen ein Endurtheil einzuhaltenden Procedur waren folgende Fragen zu beantworten:

1. W e l c h e B e d e u t u n g i s t v o n d e m A u g e n b l i c k e a n, w o d i e W i e d e r a u f n a h m e b e w i l l i g t i s t, b i s z u r n e u e n E n t s c h e i d u n g d e m f r ü h e r e n E n d u r t h e i l b e i z u l e g e n?

Der Entwurf entscheidet sich dafür, daß das frühere Endurtheil in jenen Theilen, hinsichtlich welcher die Wiederaufnahme bewilligt ist, durch den diese Bewilligung aussprechenden Beschluß für aufgehoben erklärt werde. (§. 348 des Entwurfes.)

Für diese Auffassung läßt sich geltend machen, daß das wiederaufgenommene Verfahren, abgesehen von einer später unter 2. hervorzuhebenden Einschränkung, ein durchaus neues und selbstständiges sein müsse, und daß auch hier Richter und Geschworene ihrer eigenen aus der Procedur gewonnenen Ueberzeugung Ausdruck geben, in keiner Weise

aber die Stellung einer Appellinstanz einnehmen, welche bis zum Beweis des Gegentheils die Entscheidung der ersten Richter als begründet ansehen muß. Das erste Urtheil besteht also für sie in Wahrheit nicht; sie haben es nicht zu bestätigen und daher auch nicht aufzuheben; vielmehr setzt ihre ganze Thätigkeit voraus, daß das erste Urtheil als nicht vorhanden anzusehen sei; es muß daher noch vorher aufgehoben werden.

Eben deßhalb kann sodann dem früher Verurtheilten die Einstellung der neuen Voruntersuchung — vorausgesetzt, daß diese öffentlich bekannt gemacht wird, — genügen.

Aus dem einmal anerkannten Grundsatze ergeben sich insbesondere nachstehende Folgerungen:

a) Das Gesuch um Wiederaufnahme kann dem Angeklagten keinen Rechtsanspruch auf Aufschub oder Unterbrechung der Freiheitsstrafe geben. In dem Augenblicke dagegen, wo die Wiederaufnahme rechtskräftig bewilligt ist, muß auch die Vollstreckung des nicht mehr zu Recht bestehenden Erkenntnisses eingestellt werden, die Haft des Angeschuldigten kann nur Untersuchungshaft sein, und ist nach den allgemeinen Grundsätzen über dieselbe zu behandeln. Ist sie eine unverschuldete, so wird das erkennende Gericht bei der etwaigen Strafbemessung darauf Rücksicht zu nehmen haben.

b) Von einem andern Gesichtspunkte muß aber ausgegangen werden, soweit es sich um die rechtlichen Folgen einer früheren Verurtheilung handelt. Würden diese in der Zwischenzeit unbedingt entfallen, so wäre dies dann geradezu widersinnig, wenn die Wiederaufnahme nur dem Staatsanwalt zum Zweck einer strengeren Beurtheilung bewilligt wurde, oder wenn der Verurtheilte selbst nur eine mildere, aber dieselben rechtlichen Folgen nach sich ziehende Strafe zu erwirken sucht. Aber auch in dem Falle, wo der Verurtheilte seine Freisprechung von dem neuen Verfahren erwartet, aber nicht erlangt hat, wäre das Wesen der Form geopfert, wenn sein ungerechtfertigter Versuch die Wirkung gehabt hätte, daß er jedenfalls eine bestimmte Zeit hindurch sich den schon eingetretenen rechtlichen Folgen einer rechtmäßigen Verurtheilung wieder entzogen hätte.

Der Entwurf fügt daher der Bestimmung, welche das erste Urtheil für aufgehoben erklärt, die Beschränkung bei: „Die gesetzlichen Folgen der in dem ersten Erkenntniß ausgesprochenen Ver-

urtheilung sind jedoch nur in soweit als getilgt anzusehen, als sie nicht auch vermöge des neuen Erkenntnisses einzutreten haben."

c) Eine andere Schwierigkeit ergibt sich hinsichtlich des in dem ersten Urtheil enthaltenen Ausspruches über die privatrechtlichen Ansprüche. Das strafrichterliche Erkenntniß ist, soweit es diese betrifft, einem civilrichterlichen gleichgestellt; es kann also durch die Bewilligung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens an sich nicht berührt werden, wohl aber ergibt sich aus §. 366 des Entwurfes, daß in dem Falle, wo die Wiederaufnahme bewilligt ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ausspruch über die Privatansprüche vor dem Strafrichter (also im Anschluß an das wiederaufgenommene Verfahren) begehrt werden könne. Aber auch ohne daß ein solches Begehren bereits vorgebracht ist, wird es nothwendig, den Privatbetheiligten von der neuen Verhandlung in Kenntniß zu setzen (§. 349, Abs. 2 des Entwurfes), da der Angeschuldigte die Ergebnisse des wiederaufgenommenen Verfahrens möglicherweise später gegen den Privatbetheiligten vor dem Civilrichter benützen könnte.

2. Soll es bei der zum Vortheile des Verurtheilten angesuchten Wiederaufnahme zulässig sein, daß das neue Endurtheil ihm eine strengere Strafe auferlegt, als das frühere Erkenntniß?

Es ist bereits früher bemerkt worden, daß die Wiederaufnahme als ein Rechtsmittel anzusehen sei. Daraus ergibt sich von selbst, daß der für alle Rechtsmittel anerkannte Grundsatz, nach welchem die reformatio in pejus ausgeschlossen ist, auch hier Anwendung finde. In der That sprechen die für jenen Grundsatz angeführten Gründe hier lauter, als anderswo. Der mit Unrecht Verurtheilte hat wahrlich allen Grund, bei vollem Bewußtsein seiner Unschuld zu befürchten, daß auch das neue Erkenntniß durch einen neuen Mißgriff der Gerichte zu seinem Nachtheil ausfallen könnte. Hat er nun noch zu besorgen, daß er durch einen Versuch, sich von seinem unverdienten Unglück zu retten, dieses noch vergrößern könnte, so ist sehr die Frage, ob er den Muth finden werde, von einer Wohlthat Gebrauch zu machen, deren Anerbietung das Gesetz mit einer Drohung verbindet. Die Gesetzgebung hat daher nur die Wahl, ob sie größere Sorgfalt darauf verwendet, das Rechtsmittel demjenigen wirklich zu gewähren, welcher dessen in Wahrheit bedarf, —

oder dem Mißbrauch desselben zu begegnen. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß das erstere das für die Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee Wichtigere sei. Zudem hat der Entwurf, aus Gründen, die wohl Billigung finden dürften, auch dem Staatsanwalt das Recht ertheilt, die Wiederaufnahme zu Gunsten des Angeklagten zu erwirken. Welchen Eindruck müßte es nun machen, wenn dem Angeklagten eine solche ohne seinen Willen eintretende Begünstigung lediglich eine Verschlimmerung seiner Lage bereitet?

Aber auch in der Anerkennung dieses Grundsatzes konnte kein Anlaß gefunden werden, das erste Urtheil bis zum neuen Enderkenntniß aufrecht zu erhalten. Das Verbot der reformatio in pejus ist nur ein Verbot der Benachtheiligung, der Verschlimmerung der Lage des Angeklagten; es hindert den Richter nicht, den Ausspruch über die Thatsachen und über deren rechtliche Beurtheilung seiner Ueberzeugung gemäß zu fällen; es legt ihm nur hinsichtlich der Bemessung der Strafe noch weitere Beschränkungen auf, als das allgemeine Strafgesetz. Uebertritt er dieses Verbot, so sind dagegen dieselben Rechtsmittel zulässig, wie gegen jede Ueberschreitung des gesetzlichen Strafsatzes. (Richtigkeitsgrund des §. 386, Z. 11 des Entwurfes.)

Was die rechtlichen Folgen der Verurtheilung betrifft, so gilt, soweit sie vom Richter ausdrücklich auszusprechen sind, ohne Zweifel dieselbe Regel; aber auch jene rechtlichen Folgen der Verurtheilung, welche ipso jure eintreten, tragen die Natur der Strafe an sich und sie können daher auch nur in dem Maße dem Angeklagten auferlegt werden, in welchem sie auch nach dem früheren Erkenntniß einzutreten hatten. (§. 350 des Entw.)

V. Endlich ist die im Entw. (§. 353) dem Cassationshof eingeräumte außerordentliche Befugniß zu begründen, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Angeklagten überall zu verfügen, wo sich ihm erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Thatsachen ergeben, auf deren Annahme ein verurtheilendes Erkenntniß beruht.

Man mag die Rechtsmittel noch so sehr häufen, so wird immer die Besorgniß übrig bleiben, daß das formell rechtskräftige Erkenntniß dennoch mit dem materiellen Rechte in Widerspruch stehen könnte; immer wird sich in dem Moment, wo man den Ausspruch für unabänderlich erklären soll, dieser Zweifel geltend machen, und wird die Frage aufgeworfen werden, ob wirklich um der bloßen Form der Rechtskraft

willen ein offenbar ungerechtes Urtheil aufrecht erhalten werden solle.

Die Erfahrung hat namentlich in Oesterreich bewiesen, daß sich auf die Dauer weder im Civil= noch im Criminalproceß der Grundsatz von der unerschütterlichen Rechtskraft selbst der zwei gleichförmigen Erkenntnisse aufrecht erhalten lasse. In Frankreich hat der starre Formalismus, welcher sich der Revision der Strafprocesse entgegensetzte, zu allen Zeiten laute Klagen hervorgerufen. In England, wo der Wahrspruch der Geschwornen von so vielen, namentlich dem Angeklagten zu Gute kommenden Garantien umgeben ist, hat man es mit der Natur des Verdicts nie unvereinbar gefunden, zu Gunsten des Verurtheilten eine nochmalige Prüfung der Sache, eine nochmalige Verhandlung vor anderen Geschwornen (new trial) aus den verschiedensten Gründen zu gewähren, wenngleich nur bei minder schweren Verbrechen (vgl. Stephen, englisches Strafrecht, übersetzt von Mühry, S. 523; Blackstone, Commentaries, IV. Ch. 27 [pag. 355 ed 1770]; Mittermaier, das englische, schottische und amerikanische Strafverfahren, S. 523 ff.). Außerdem ist man dort sehr häufig in der Lage, durch ein allerdings sehr ungeordnetes Verfahren in der Begnadigungsinstanz auszuhelfen, während überdies ungerechte Urtheile auch durch einen Act der Gesetzgebung annullirt werden können. — Zu der Zeit, wo Preußen nur in seinen Rheinlanden Schwurgerichte hatte, zeigte sich auch dort sehr oft das Bedürfniß nach einer geregelten Revisionsanstalt. Es sei hier nur an den vielbesprochenen Fonk'schen Fall erinnert, in welchem, nachdem der Angeklagte durch den Assisenhof verurtheilt, und dieses Erkenntniß vom Cassationshofe bestätigt worden war, eine königliche Cabinetsordre erging, welche aussprach: „Ich kann weder den Fonk noch den Hamacher straffällig finden, den Ausspruch der Assisen also nicht bestätigen, oder eine geringere als die erkannte Strafe eintreten lassen. Hieraus folgt die Freilassung der Angeklagten ...... von selbst.“ In einem andern Falle (Demmes Annalen III. S. 219 ff.) verfügte eine Cabinetsordre: „daß das von dem Assisenhofe.... ausgesprochene Todesurtheil nicht zu bestätigen, der Angeklagte seiner Haft zu entlassen, die Erneuerung der Untersuchung bei sich ergebenden neuen Anzeigen jedoch vorzubehalten sei.“

Es sind hier zwei Fälle hervorgehoben, in welchen es sich um Urtheile von Schwurgerichtshöfen handelt, da bekanntlich gerade bei solchen

an die Herstellung eines Berufungsverfahrens am wenigsten gedacht wird. Allein auch in anderen Ländern, bei Urtheilen rechtsgelehrter Richter, beim Vorhandensein conformer Sentenzen hat sich ein Bedürfniß solcher Art immer wieder gezeigt, und war man immer wieder genöthigt, richterliche Geschäfte in die Begnadigungsinstanz zu ziehen. Im Königreich Sachsen, dessen Strafproceßordnung, wie bereits bemerkt, die Berufung, und zwar nur zu Gunsten des Angeklagten zuläßt, und sie dem obersten Gerichtshofe des Landes zuweist, hat das Gesetz vom 25. September 1861, Art. XXX, dem König das Recht eingeräumt, „nach eingetretener Rechtskraft der Entscheidung zweiter Instanz zu Gunsten des Angeklagten die Einholung einer nochmaligen Entscheidung zu verfügen." Eine ähnliche Bestimmung findet sich im Art. 456 des Entwurfes einer Strafproceßordnung für das Großherzogthum Hessen, welcher Entwurf die Berufung nach französischem Vorbild beibehält; die Landstände haben übrigens sich gegen diese Bestimmung ausgesprochen (Verhandlungen der . . . . . Landstände 1860/62, Beilage Nr. 309 zum 59. Prot. der II. Kammer, S. 601).

Diese Thatsachen geben Zeugniß für das Bedürfniß, welches sich überall zeigt, und auch da, wo es sich um Wahrsprüche der Geschwornen oder um conforme Sentenzen zweier Richtercollegien handelt. Durch die Beseitigung der Berufung würde dasselbe wohl kaum beträchtlich erhöht; es käme nur ein Grund mehr zu den andern wichtigen Gründen, welche die Berücksichtigung dieses Bedürfnisses empfehlen, und es würde diese Berücksichtigung wesentlich erleichtert.

Befriedigt kann aber dieses Bedürfniß nur dadurch werden, daß die Zulassung einer Revision des Processes nicht von taxativ aufgezählten Bedingungen abhängig gemacht, andrerseits aber in die Hände eines Gerichtes gelegt wird, daß also überall, wo sich erhebliche Gründe für die Besorgniß erheben, daß eine ungerechte Verurtheilung erfolgt sei, eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens durch richterlichen Spruch angeordnet werden könne.

Durch diese unbedingte Zulässigkeit der Revision müßte aber die Rechtskraft der Erkenntnisse untergraben werden, wenn nicht dem natürlichen Verlangen fast jedes Verurtheilten, eine Erneuerung des Processes zu erwirken, durch Schwierigkeiten begegnet würde, welche dem Mißbrauche Schranken setzen. Es ist oben darauf aufmerksam gemacht worden, daß in mehreren Ländern die Zulassung der Revision als eine

bloße Gnadensache angesehen wird. Eine solche Behandlung der Sache läßt sich aber weder aus inneren noch aus äußeren Gründen rechtfertigen; sie stellt zwischen das rechtskräftige Erkenntniß und das wieder aufgenommene Verfahren eine Procedur in die Mitte, welche ganz außerhalb der gerichtlichen Sphäre liegt, und bürdet indirect dem Souverän die moralische Verantwortlichkeit für die Urtheile der Gerichte auf; sie würde endlich schon deßhalb in einem großen Staate unausführbar sein, weil sie für eine unverhältnißmäßig große Anzahl meist sehr verwickelter Sachen die persönliche Entscheidung des Staatsoberhauptes in Anspruch nimmt. Dagegen wäre wohl einerseits für eine gerechte und unbefangene Prüfung der für die Revision vorgebrachten Gründe, andererseits für die Einhaltung einer strengen und gleichmäßigen Praxis hinlänglich gesorgt, wenn (wie im Art. 353 des Entw. vorgeschlagen wird) die Entscheidung über die Zuläſſigkeit einer außerordentlichen Revision zu Gunsten eines Verurtheilten dem Cassationshofe vorbehalten, und überdies dem Generalprocurator das Recht eingeräumt würde, zu verlangen, daß die Sache in einer Versammlung von zehn Richtern und einem Vorsitzenden zu nochmaligem Vortrage gebracht werde, falls der erste Beschluß dem Begehren um Wiederaufnahme günstig ist. Alles dies hätte übrigens nur von der Entscheidung über die Zulassung der Wiederaufnahme zu gelten, die Freisprechung des früher Verurtheilten könnte der Regel nach, soferne nicht der Generalprocurator selbst sie sofort beantragt, nur auf Grund einer wiederholten Hauptverhandlung erfolgen.

Durch eine solche Einrichtung würde die Gefahr eines einem Unschuldigen zugefügten Unrechtes so weit hinausgerückt, als dies bei der unvermeidlichen Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen nur immer möglich ist: und es wäre in jenen, nach dem Zeugnisse der Erfahrung von Zeit zu Zeit eintretenden Fällen, wo in weiten Kreisen die Richtigkeit der, sei es durch Geschworne, sei es durch Richter festgestellten Thatsachen mit einleuchtenden Gründen bestritten wird, eine geordnete Procedur vorhanden, welche jedes Bedenken zum Schweigen zu bringen geeignet ist.

Allerdings wird man entgegensetzen, es sei die hier vorgeschlagene Wiederaufnahme selbst nur eine Wiederaufnahme der kaum beseitigten Berufung und der beste Beweis für deren Unentbehrlichkeit. Abgesehen nun davon, daß wiederholt nachgewiesen wurde, es handle sich hier um

eine auch neben der Berufung nicht wohl zu entbehrende Einrichtung, muß noch auf folgende Unterschiede aufmerksam gemacht werden:

1. Die Berufung bringt mit sich, daß ein bloßer Willensact des im Processe Unterliegenden, der nur ganz frivole, vielleicht gar keine Gründe für sich anzuführen vermag, doch ausreicht, um die Sache sofort mit devolutiver Wirkung einem neuen Richter in die Hand zu legen, welcher sich in der Sache selbst ein selbstständiges Urtheil zu bilden verpflichtet ist. Die außerordentliche Wiederaufnahme findet dagegen nur statt, wenn triftige Gründe dafür vorgebracht sind; im entgegeggesetzten Falle wird das Gesuch oder der Antrag sofort und möglicherweise sogar ohne Abforderung der Acten abgewiesen.

2. Die Berufung führt dahin, daß die Meinung des einen Richters sofort über die des andern Richters, der sogar nicht viel niedriger steht, das Uebergewicht erlangt und definitiv behauptet; schlechter unterrichtet als der erste Richter, niedriger stehend als der Cassationshof, vermag doch die Berufungsbehörde ihre Ansicht gegenüber jenen beiden aufrecht zu erhalten. Nach §. 353 des Entwurfes dagegen kann selbst der oberste Gerichtshof des Reiches seinem Zweifel an der Schuld des Verurtheilten in der Regel nur so weit Rechnung tragen, daß er eine nochmalige Verhandlung in erster Instanz anordnet, wobei aber der größte Theil jener Complicationen erspart ist, welche aus einer ähnlichen Befugniß einer Berufungsbehörde erwachsen würden. Eine sofortige Entscheidung in der Sache kann auch der Cassationshof nur mit Zustimmung des Generalprocurators fällen (§. 351 des Entwurfes).

3. Es ist wiederholt bemerkt worden, daß die Berufung, eben weil sie in der Hand einer Mittelbehörde liegt, einerseits Schwierigkeiten bereitet, andererseits nicht ausreicht.

Die Erfahrung hat bewiesen, daß gerade der oberste Gerichtshof öfter in die Lage kam, in der Sache entscheiden und daher über seine Zweifel gegen die Richtigkeit auch des von einer Berufungsbehörde gefällten Urtheils hinausgehen zu müssen. Nach beiden Seiten hin schafft der Entwurf Abhilfe, welche sonst auf irgend einem Umwege zum Nachtheil des geordneten Verfahrens dennoch hätte gesucht werden müssen.

Die Prüfung der Sache durch das oberste Gericht ist nicht gänzlich zu vermeiden, und wird durch die Berufung nicht unentbehrlich gemacht. Was aber entbehrt werden kann, das ist gerade die Berufung an die

mittlere Instanz. Zum mindesten entfällt also mit der Berufung ein schwerfälliges kostspieliges, in vielfacher Beziehung bedenkliches Mittelglied, während sich keineswegs behaupten läßt, daß Revisionsgesuche deßhalb häufiger vorkommen müssen, weil keine Berufung mehr zulässig ist.

4. Es läßt sich von dem Cassationshofe ein consequentes Vorgehen mit größerer Sicherheit erwarten, als von einer beträchtlichen Anzahl weit auseinanderliegender Berufungsbehörden.

5. Durch die Bestimmung des Entwurfes, nach welcher es von dem Ermessen des Gerichtes abhängt, ob das Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens den Vollzug hemmen soll, einerseits, andererseits durch den Umstand, daß das Gesuch um Wiederaufnahme an keine Frist gebunden ist, und daß also der Verurtheilte nicht in den ersten Tagen nach der Verurtheilung und unter den unmittelbaren Eindruck derselben genöthigt wird, einen definitiven Entschluß zu fassen, wird der Reiz zur Anbringung ungegründeter Revisionsgesuche wesentlich vermindert.

6. Es ließe sich leicht durch empfindliche Muthwillensstrafen das Zuströmen unbegründeter Revisionsgesuche abwehren, wenn nicht ohnehin die durch eine constante Praxis Allen einleuchtende Erfolglosigkeit jedes nicht mit schlagenden Gründen versehenen Gesuches den besten Abhaltungsgrund böte.

Es stehen daher der Einführung der außerordentlichen Revision in dem bezeichneten Sinne keine unüberwindlichen Bedenken entgegen; übrigens muß nochmals bemerkt werden, daß dieselbe zwar die Beseitigung der Berufung erleichtern und darüber wesentlich beruhigen würde, daß sie aber keineswegs aus diesem Grunde nothwendig erscheint, noch blos aus diesem Grunde empfohlen wird. Zu allen Zeiten und in allen Ländern wird sich das Bedürfniß nach einer wohlgeordneten Revisionsanstalt (und am meisten bei dem Cassationshof selbst, während er über die Nichtigkeitsbeschwerde aburtheilt) geltend machen; nirgends aber wird es so nothwendig sein, für eine solche Anstalt Sorge zu tragen, als in unserem Vaterlande, in welchem überall Gegensätze der mannigfaltigen Art — naturgemäße und künstlich heraufbeschworne — sich nur allzusehr geltend machen; nirgends kann ein so dringendes Bedürfniß dafür bestehen, daß dem unschuldig Verurtheilten eine letzte, der

localen Erregung eben so sehr wie jedem nichtrichterlichen Einfluß entrückte Zufluchtsstätte offen gehalten werde.

I. Wiedereinsetzung gegen den Ablauf von Fristen.

Ohne Zweifel bedarf der Strafproceß noch weit mehr als der Civilproceß wirksamer Vorkehrungen gegen die Verschleppung der Geschäfte, — schon deßhalb, weil wenigstens für den Angeklagten ein allzugroßes, fast unwiderstehliches Interesse hiefür vorhanden zu sein pflegt. Es ist daher auch vollkommen gerechtfertigt, daß im Strafproceß für die Parteihandlungen kurze und unerstreckbare Fristen festgestellt werden. Wenn aber die bisherige österreichische Gesetzgebung überdies jedes Mittel abschnitt, die Versäumung einer Frist wieder gut zu machen, auch wenn es unmöglich gewesen, diese einzuhalten; so setzte sie sich doch der Gefahr aus, sehr wichtige Rechte einem ungünstigen Zufall, einer rein formellen Bestimmung geopfert zu sehen.

Es erschien daher nothwendig, daß diese Lücke nach dem Vorgang anderer deutscher Gesetze (Baden §. 140, großherzogl. Hessischer Entw Art. 235, Oldenburgische Strafproceßordnung Art. 208) ausgefüllt werde. Es versteht sich aber von selbst, daß hierbei die größte Vorsicht gegen Mißbrauch einerseits, andererseits dagegen nothwendig war, daß etwa solche Bestimmungen dem Angeklagten den Nachtheil bringen, sein Schicksal durch eine unbestimmte Zeit im Ungewissen zu erhalten.

I. Mit einer einzigen Ausnahme steht deßhalb der Anspruch auf Wiedereinsetzung nur dem Angeschuldigten zu (§. 355 des Entw.). Auch diesem nur, soweit es sich der Sache nach um einen unwiederbringlichen Nachtheil handelt, daher nur wenn die Frist zur Anmeldung eines Rechtsmittels gegen ein Endurtheil versäumt ist. Solange kein Endurtheil erflossen ist, kann alles zur Sache Gehörige noch im Laufe des Verfahrens selbst geltend gemacht werden, und ein unwiederbringlicher Nachtheil ist daher nicht zu besorgen. So wichtig daher auch für den Angeklagten das Recht zum Einspruch gegen die Versetzung in Anklagestand sein mag, so schien es doch nicht unbedingt nothwendig, auch gegen die Versäumung der hiefür offen stehenden Frist die Wiedereinsetzung zu gewähren, zumal es den Widerstand, auf welchen jeder Vorschlag zu einer processualischen Neuerung sich gefaßt machen muß, nur erhöhen könnte, wenn derselben eine zu große und daher Manchen bedrohlich scheinende Ausdehnung gegeben wird.

Aus gleichem Grunde schien es rathsam, nur die Nachtragung der Anmeldung dieses Rechtsmittels, nicht auch seiner Ausführung zu gestatten. Die Anmeldung genügt, wenn sie gehörig eingerichtet ist, und also die Beschwerdepunkte genau bezeichnet, vollkommen zur Wahrung des Rechtsmittels; die Ausführung kann füglich der mündlichen Verhandlung vorbehalten bleiben.

Die Bedingungen, unter welchen die Wiedereinsetzung nachgesucht werden kann, sind lediglich der Nachweis der Unmöglichkeit der Einhaltung der bisherigen Frist und die Anbringung des Wiedereinsetzungsgesuches gleichzeitig mit der Anmeldung des Rechtsmittels binnen drei Tagen nach Aufhören des Hindernisses. Die Procedur ist dabei in solcher Weise geregelt, daß ein möglichst einfacher Geschäftsgang eingehalten und das nutzlose Hin- und Herschicken von Acten vermieden werde. Das Gesuch ist nämlich bei jenem Gerichte anzubringen, bei welchem das Rechtsmittel anzumelden war. Da das Gesuch zugleich die Anmeldung enthalten und die Beschwerdepunkte angeben muß, eine besondere Ausführung aber nicht mehr zuläßig ist: so ist es nothwendig, dem Gegner sein Recht auf eine Gegenausführung zu wahren, dessen er durch den dem andern Proceßtheile widerfahrenen Zufall nicht verlustig werden kann. Das Gesuch ist ihm daher zur Erstattung seiner Gegenausführung mitzutheilen. Das weitere Verfahren ist genau dasselbe wie bei jeder anderen Anbringung eines Rechtsmittels. Es hat nur im Falle der Nichtigkeitsbeschwerde das Gericht bei der in nicht öffentlicher Sitzung stattfindenden Vorberathung zuerst über die erbetene Wiedereinsetzung zu entscheiden, und wenn diese bewilligt ist, sofort zu erwägen, ob die Anmeldung selbst zu verwerfen oder auf Grund derselben ein öffentlicher Gerichtstag anzusetzen sei.

Es verstand sich wohl von selbst, daß der Einbringung des Gesuches um die Wiedereinsetzung nicht an sich schon die Wirkung beigelegt werden konnte, daß die Vollstreckung des Urtheiles gehemmt wird; erst die Bewilligung der Wiedereinsetzung, von welcher daher die über das Rechtmittel erkennende Behörde sofort Nachricht geben muß, bewirkt, daß das Erkenntniß als ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes und daher noch nicht vollstreckbares erscheint. Indeß war es doch nothwendig, für dringende Fälle, in welchen jeder Verdacht eines blos auf Verzögerung gerichteten Parteimanövers ausgeschlossen ist, schon

jenem Gerichte, bei welchem das Gesuch angebracht wird, die Ermächtigung zum Aufschub der Strafvollstreckung zu ertheilen.

II. Nach einer auch im Entwurfe beibehaltenen Bestimmung des bisherigen Rechtes hat das Ausbleiben des Privatanklägers von der Hauptverhandlung die Wirkung, daß sofort angenommen wird, er sei von der Verfolgung zurückgetreten. (§. 44 des Entwurfes.) Es wird daher in einem solchen Falle sofort ein freisprechendes Erkenntniß gefällt, was auch durchaus gerechtfertigt ist, weil der Angeklagte nicht länger, als unbedingt nöthig ist, unter der Wucht der Anklagen gelassen werden darf und in der That aller Grund vorhanden ist, anzunehmen, der Privatankläger habe auf seine Anklage verzichtet. Indeß darf die Gesetzgebung doch auch die Möglichkeit nicht unberücksichtigt lassen, daß das Ausbleiben des Privatanklägers durch ein unüberwindliches Hinderniß, vielleicht sogar durch eine Gewaltthat des Angeklagten veranlaßt ist. Der Entwurf hat daher für diesen Fall Vorsorge getroffen und gestattet (§. 356 des Entwurfes), daß das erkennende Gericht unter den früher rücksichtlich des Angeschuldigten angegebenen Bedingungen dem Privatankläger die nochmalige Anberaumung der Hauptverhandlung bewillige. Es war selbstverständlich nothwendig hinzuzufügen, daß über dieses Begehren vorerst der Angeklagte zu vernehmen sei.

Ein Rechtsmittel gegen die diese Frage betreffende Entscheidung räumt der Entwurf nicht ein, — dem Ankläger nicht, um den Angeklagten gegen allzulange fortgesetzte chicanöse Verfolgung zu schützen, — dem Angeklagten nicht, weil es ihm unbenommen bleiben muß, in der Verhandlung selbst und durch die gegen das Endurtheil offenstehenden Rechtsmittel geltend zu machen, daß der Privatankläger in Wahrheit von der Anklage zurückgetreten und deßhalb ein freisprechendes Urtheil zu fällen sei.

K. Verfahren in Uebertretungsfällen.

Mit Recht hat schon die Gesetzgebung von 1850 einen ganz besonderen Werth darauf gelegt, daß auch das Verfahren in Uebertretungsfällen, unbeschadet jener Vereinfachung und Beschleunigung, welche hier einerseits leichter ausführbar, andererseits doppelt wünschenswerth sind, nach denselben Grundsätzen sich richte, welche für das Verfahren in wichtigeren Strafsachen gelten. Wenn die Intervention eines Anklägers im Allgemeinen schon zu dem Zwecke nothwendig erscheint,

damit die Unbefangenheit des Richters weder gefährdet noch bezweifelt werden könne, so ist sie am wenigsten da zu entbehren, wo nicht ein Collegium, sondern ein einzelner Richter die Verhandlung leitet. Wenn die Mündlichkeit aus dem doppelten Grunde empfohlen wird, weil sie ein möglichst einfaches Verfahren gestattet und doch erhöhte Garantien für eine gründliche Entscheidung bietet: so wird man sie am wenigsten in Uebertretungsfällen missen können, wo eine zeitraubende und kostspielige Voruntersuchung unmöglich stattfinden kann. Die hohe Bedeutung der Oeffentlichkeit endlich liegt vorzugsweise in dem Eindruck, welchen bei der Bevölkerung der Anblick ernster, würdiger, nachdrucksvoller und doch billiger Handhabung der Gesetze hervorbringt, — in Strafsachen insbesondere darin, daß Jedermann Gelegenheit hat, sich davon zu überzeugen, wie die Bestrafung eines Mitbürgers nicht auf Willkür, sondern auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhe. Bleibt nun die Oeffentlichkeit auf das Verfahren wegen Verbrechen und Vergehen eingeschränkt, so schränken sich auch die Wirkungen derselben auf die verhältnißmäßig geringe Zahl von Orten ein, an welchen Landesgerichte ihren Sitz haben, während gerade die Bezirksgerichte allen Bewohnern des Landes am leichtesten zugänglich sind, und überdies bei diesen Gerichten voraussichtlich auch die Einrichtung zu treffen sein wird, daß sie auch außer dem Sitz des Bezirksgerichtes periodisch wiederkehrende Gerichtstage abhalten. Gerade bei einer großen Anzahl jener Handlungen, welche im Gesetz als Uebertretungen erklärt sind, scheint es wünschenswerth, daß auch ihnen gegenüber die Achtung vor dem Gesetze in der Bevölkerung wachse und sich befestige. Es darf endlich nicht übersehen werden, daß gerade das österreichische Strafgesetz vom Jahre 1852 eine große Anzahl von Uebertretungen kennt, an welche sehr empfindliche Folgen geknüpft sind, und daher auch den in Uebertretungsfällen entscheidenden Richtern eine sehr große Macht einräumt. Aus diesen Gründen schien es nothwendig auch in Uebertretungsfällen ungeachtet des in der Strafproceßordnung von 1853 und in mehreren deutschen Strafproceßgesetzen eingehaltenen Vorganges, sowie mancher sich entgegenstellender Schwierigkeiten, an dem Geiste der im Jahre 1850 gegründeten Einrichtungen festzuhalten und sie diesem entsprechend fortzubilden. Bei der Umarbeitung des bezüglichen Hauptstückes kamen namentlich vier Punkte in Betracht: die Besetzung des Gerichtes — die Stellung des Anklägers — das soge-

nannte Mandatsverfahren — und die Regelung der Rechtsmittel.

I. In mehreren deutschen Staaten wurde in neuerer Zeit für das Verfahren in Uebertretungsfällen eine Abhilfe gegen den immerhin empfindlichen Uebelstand, daß hier nur ein Richter fungirt, in der Beiziehung von zwei Gerichtsschöffen gesucht. Die Einrichtung hat sich da, wo sie bis jetzt eingeführt wurde (Hannover), vortrefflich bewährt. Sie hat für sich, daß das Vertrauen der Bevölkerung zu den Richtersprüchen erhöht wird, daß sie eine Vorschule zur Heranbildung tüchtiger Geschwornen bildet, und in der Bevölkerung den Sinn für Gesetzlichkeit stärkt, an welchem es namentlich leichteren Straffällen gegenüber nicht selten mangelt; andererseits sind gerade in solchen einfachen und minder wichtigen Straffällen die Nachtheile nicht so sehr zu fürchten, welche sonst aus der Vereinigung von Juristen und Nichtjuristen zu gemeinsamer Berathung und Urtheilsfällung erwachsen müssen. In Oesterreich kam hinzu, daß die Einrichtung auch einheimischen Traditionen entspricht. Das Wichtigste aber war — worin freilich der Entwurf von dem Vorbilde der früher erwähnten deutschen Staaten abweicht — daß man nur durch die Beiziehung der Gerichtsschöffen in die Lage kam, die gerade in Uebertretungsfällen besonders beschwerliche und dabei ganz besonders unwirksame Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen auch hier fallen lassen zu können. Zu diesem Zwecke wird das Bezirksgericht außer dem Richter noch mit drei Gerichtsschöffen besetzt, und dadurch dasselbe Stimmenverhältniß erreicht, welches auch für die Mittelclasse der Straffälle beim Landesgerichte besteht.

II. Die Strafproceßordnung von 1850 hatte die Verrichtungen der Staatsanwaltschaft an Orten, wo sich eigene Polizeibehörden befinden, Polizeicommissären, an anderen Orten den Gemeindevorstehern oder deren Stellvertretern übertragen. Natürlich war das Letztere die Regel und damit nicht blos dem Gemeindevorstand am Sitz des Bezirksgerichtes eine sehr große Last aufgebürdet, sondern es war auch die Art, wie das sehr wichtige Amt versehen wurde, mehr oder weniger dem Zufall anheimgegeben. Eben deshalb geschah es, daß, während an einigen Orten die Bürgermeister dieses Geschäft in der würdigsten und lobenswerthesten Weise besorgten, an anderen Orten darüber geklagt wurde, daß der staatsanwaltliche Functionär an der Verhandlung

einen nur nominellen Antheil nehme und sich darauf beschränke, von Fall zu Fall dieselbe stereotype Formel vorzutragen, mit welcher die Anwendung des Gesetzes begehrt wird.

Es schien unbedingt nothwendig, hierin eine Veränderung herbeizuführen; andererseits aber stellte sich die Schwierigkeit entgegen, daß weder die Gemeindegesetzgebung noch die künftige Organisation der Verwaltungsbehörden festgestellt ist. Der Entwurf konnte daher nur voraussetzen, daß es nothwendig sein werde, in jedem Bezirk einen Beamten der gerichtlichen Polizei bald eigens zu bestellen, bald auch nur die Functionen eines solchen einem Beamten der Staats- oder Gemeindepolizei zu übertragen. Er sichert also die Möglichkeit, an jedem Orte die den Bedürfnissen desselben am besten entsprechende Vorkehrung in dieser Hinsicht zu treffen und hält übrigens an den Bestimmungen der Strafproceßordnung von 1850 fest, nach welchen

1. der Staatsanwalt am Landesgericht die Aufsicht über den staatsanwaltlichen Functionär führt und sich auch persönlich oder durch einen eigens benannten Stellvertreter an jeder Verhandlung betheiligen kann (§. 449 des Entwurfes);

2. es dem durch eine von Amtswegen zu verfolgende Uebertretung Verletzten freisteht, die vom Staatsanwalt verweigerte Verfolgung als Privatkläger zu übernehmen (§. 450 des Entwurfes).

III. Mehrere deutsche Gesetze (preußische Verordnung vom 3. Jänner 1849, §§. 171 ff., Braunschweig'sche Strafproceßordnung §. 74, Hannover'sche Strafproceßordnung §. 210, Sachsen-Coburg-Gotha'sche vom 21. September 1857, Art. 346, Oldenburg'sche Strafproceßordnung Art. 380 ff.; Einführungsgesetz zum Strafgesetz- und Polizeistrafgesetzbuch für Baiern Art. 75 und 76) haben eine wesentliche Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens dadurch herbeigeführt, daß sie unter Umständen eine dem Mandatsverfahren des Civilprocesses nachgebildete Procedur zulassen, vermöge welcher der Richter auf die hinlänglich bescheinigte Anzeige hin sofort eine Strafverfügung erläßt, welche die Stelle des Urtheils vertritt und in Rechtskraft erwächst, wenn der Angeschuldigte nicht selbst innerhalb einer bestimmten Frist die Verhandlung begehrt.

Diese Einrichtung gewährt in der That mannigfache Vortheile. Es ist einleuchtend, daß sie eine wesentliche Vereinfachung des Geschäftsganges darbietet; in dem Falle, wo der Angeschuldigte sich der Straf-

verfügung unterwirft, ist durch ein einziges, sehr einfaches Actenstück die ganze Angelegenheit erledigt. Dem Angeschuldigten bietet sie den Vortheil, daß ihm die Möglichkeit geboten wird, sich einer öffentlichen Verhandlung, von welcher er sich keinen Erfolg verspricht, zu entziehen und den auf dem Lande oft beschwerlichen Weg zum Bezirksgerichte zu ersparen. Zwar ist ihm auch im ordentlichen Verfahren nicht unbedingt zur Pflicht gemacht, sich bei der Verhandlung einzufinden (vgl. §. 459 des Entw.), allein da er aus der im ordentlichen Verfahren ergehenden Vorladung nur die Anschuldigung, nicht aber auch die zu gewärtigende Strafe ersieht, so kann er auch nicht beurtheilen, ob nicht seine Anwesenheit bei der Verhandlung nothwendig sei. Auch wird mancher Angeschuldigte auch dann, wenn er zu seiner Vertheidigung nichts beizubringen hat, es mit Recht ungeziemend und unvorsichtig finden, der einmal an ihn ergangenen Vorladung nicht zu entsprechen. Andererseits gereicht das Mandatsverfahren in keiner Weise dem Angeschuldigten zum Nachtheil, da ihm die vollste Freiheit gelassen ist, das ordentliche Verfahren zu begehren.

Noch ein anderer wichtiger Vortheil wird durch die Einführung des Mandatsverfahrens in Strafsachen mindestens angebahnt. Der Hauptgrund, welcher gegen die naturgemäße Vereinigung der gesammten Strafgewalt in den Händen des Gerichtes vorgebracht zu werden pflegt, besteht darin, daß es sich in vielen Fällen um die Uebertretung administrativer Normen handelt, daß die Verwaltungsbehörde ohnehin aus Anlaß ihrer Functionen in die Lage kommt, die eine solche Uebertretung begründenden Thatsachen untersuchen und constatiren zu müssen, daß es ferner ihre Pflicht und eine unerläßliche Voraussetzung einer erfolgreichen Thätigkeit für sie sei, für die Ahndung solcher Gesetzübertretungen zu sorgen, und die Entziehung der den Administrativbehörden zustehenden Strafgewalt einerseits eine Schwächung der ihnen unentbehrlichen Macht, andererseits eine Verdopplung der zu verrichtenden Arbeit zur Folge habe. Alle diese Bedenken würden nun durch die Einführung des Mandatsverfahrens zum Schweigen gebracht. Da nämlich der Entwurf nach dem Vorgang einiger der früher erwähnten Gesetze den Erlaß der Strafverfügung an die Bedingung knüpft, daß eine Anzeige einer öffentlichen Behörde vorliegt, so kann die Constatirung der Uebertretung durch die Administrativbehörde keineswegs als eine verlorne Arbeit betrachtet werden, vielmehr ist diese, indem sie sich

mit ihrer Anzeige an den Staatsanwalt wendet, in der Lage, eine beschleunigte Repression herbeizuführen, so daß auch hier Verwaltungs- und Justizbehörden in der durch die Natur ihres Berufes bedingten Weise, jede innerhalb ihres Kreises bleibend, zum gemeinsamen Zwecke zusammenwirken. Es könnte diese Einrichtung, wenn sie sich bewährt, namentlich auch den Uebergang dazu bilden, daß in allen Fällen, wo ein ahndendes Einschreiten einer Administrativbehörde als nothwendig angesehen wurde, dieses Einschreiten künftig sich jedenfalls auf den Erlaß einer Strafverfügung beschränken könnte, während der Angeschuldigte, wenn er sich ihr nicht unterwirft, das Recht hätte, die Einleitung des ordentlichen Verfahrens und die Entscheidung der Gerichte herbeizuführen. Eine solche Einrichtung würde auch das beste Mittel dafür bieten, den Gemeinden unterster und höherer Ordnung das Einschreiten gegen die, die Thätigkeit ihrer Organe beirrenden Gesetzesübertretungen zu ermöglichen, ohne daß dabei dem Einzelnen der Schutz der richterlichen Gewalt entzogen wird. Hiefür wird indeß manche gegenwärtig noch nicht bestehende Einrichtung und insbesondere eine vollständige Umarbeitung des Strafgesetzbuches vorausgesetzt; für jetzt aber mußten dem Mandatsverfahren engere Grenzen um so mehr gesetzt werden, weil dasselbe bei oberflächlicher Betrachtung unter den falschen Gesichtspunkt der Verurtheilung eines Ungehörten gebracht werden kann, und es daher räthlich sein wird, eine weitere Ausdehnung desselben bis zu der Zeit aufzuschieben, wo seine praktische Bewährung jede Verdächtigung unmöglich gemacht hat.

Der Entwurf läßt das Mandatsverfahren daher nur unter folgenden Voraussetzungen zu:

1. Der Angeschuldigte muß sich auf freiem Fuße befinden. Ist er nämlich in Haft, so soll sich der Richter der Verpflichtung, ihn zu vernehmen, nicht entziehen können. Auch könnte bei einem verhafteten Angeschuldigten leicht das Mißverständniß erregt werden, daß er durch Unterwerfung unter die Strafverfügung seine Freiheit leichter oder schneller wieder erlangen könne.

2. Die Anschuldigung muß auf eigener dienstlicher Wahrnehmung einer öffentlichen (Staats- oder Gemeinde-) Behörde oder einer der im §. 68 des Strafgesetzes erwähnten Personen beruhen.

3. Die Strafverfügung kann nur auf Antrag der staatsanwaltschaftlichen Beamten erlassen werden und es darf

4. die verhängte Strafe Arrest in der Dauer von drei Tagen oder eine Geldstrafe von fünfzehn Gulden nicht übersteigen.

III. Nach der Gerichtsorganisation von 1850 ging die Berufung von dem Erkenntniß des Bezirksrichters an das Landesgericht, welches über dieses in gleicher Art wie über die gegen Urtheile des Bezirkscollegialgerichtes ergriffene Berufung in Versammlungen von vier Richtern und einem Vorsitzenden zu entscheiden hatte. Die Erkenntnisse des Landesgerichtes als Berufungsbehörde waren sodann der Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof unterworfen. Gegen diese Einrichtung ergaben sich mannigfache Bedenken. Man fand zunächst den Apparat viel zu schwerfällig für verhältnißmäßig so geringfügige Gerichtsverhandlungen. Wichtiger scheint es, daß die große Entfernung der Berufungsbehörde von dem in erster Instanz erkennenden Richter die Durchführung einer wirklichen Berufungsverhandlung in hohem Grade kostspielig und beschwerlich machte, während sich nicht verkennen ließ, daß zwischen dem hiedurch bedingten Aufwand an Zeit und Kosten und der Wichtigkeit der Sache ein auffallendes Mißverhältniß bestand. Man nahm häufig Anstand, um einer Uebertretung willen mehrere Zeugen viele Meilen weit kommen zu lassen, und so wurde die Berufung zu einer bloßen Form, und doch war sie gerade hier sehr wichtig, da es sich um das Erkenntniß eines Einzelrichters handelte. Eine andere Inconvenienz ergab sich daraus, daß dem Staatsanwalte am Bezirkscollegialgerichte, welchem die Aufsicht über den staatsanwaltschaftlichen Functionär beim Bezirksgerichte oblag, die passendste Gelegenheit zu dieser Ueberwachung dadurch entging, daß bei den Appelverhandlungen nicht er einschritt, sondern der Staatsanwalt am Landesgerichte, mit welchem er nach der Strafproceßordnung von 1850 in keinem unmittelbaren dienstlichen Zusammenhange stand.

Indem der Entwurf vermöge der unter I erwähnten Einrichtung die Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen beseitigt, sind auch alle jene Uebelstände vermieden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung sind in derselben Art geregelt, wie bei den Verbrechen und Vergehen; nur wurde zur Vermeidung einer Ueberbürdung des Cassasionshofes auch die erstere zunächst an das L a n d e s g e r i c h t gewiesen, dessen Entscheidung nur wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes an den Cassationshof gebracht wer=

den kann. Auch die Befugniß, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im außerordentlichen Wege zu verfügen, wurde dem Landesgerichte übertragen und dem Generalprocurator die Beschwerdeführung an das Oberlandesgericht geöffnet, welchem in allen außerhalb des ordentlichen Ganges des Verfahrens liegenden Fällen (§§. 384, 388, 395, 405, 406 und 407 des Entw.) auch hinsichtlich der Uebertretungen derselbe Einfluß eingeräumt ist, wie bei Verbrechen und Vergehen.

2.

Vorschlag zur Feststellung der leitenden Grundsätze für den Entwurf einer Strafproceßordnung.

(Februar 1863.)

A. Anklagegrundsatz. Stellung der Staatsanwaltschaft, des Privatanklägers und des Beschädigten.

I. Stellung der Staatsanwaltschaft.

1. Der Untersuchungsrichter kann die Voruntersuchung nur wegen solcher strafbarer Handlungen und nur gegen diejenigen Personen einleiten, bezüglich welcher ihm ein darauf abzielender Antrag des Staatsanwaltes vorliegt. Anzeigen wegen anderer strafbarer Handlungen und gegen andere Personen hat er zwar entgegenzunehmen, auch bezüglich derselben jene Amtshandlungen vorzunehmen, welche ohne Ueberschreitung einer gesetzlichen Frist (z. B. im Fall der Vorführung eines Angeschuldigten) oder ohne Gefährdung des Zweckes nicht aufgeschoben werden können; allein er hat hievon ohne Verzug den Staatsanwalt in Kenntniß zu setzen und sodann dessen Anträge abzuwarten.

Dasselbe Verfahren ist einzuhalten, wenn bei einer Haus- oder Personsdurchsuchung Gegenstände gefunden werden, welche auf eine andere strafbare Handlung schließen lassen, als wegen welcher die Durchsuchung vorgenommen wird.

2. Sobald es der Staatsanwalt beantragt, wird die Voruntersuchung eingestellt, und es ist dem Angeschuldigten auf sein Verlangen ein Amtszeugniß darüber auszufertigen, daß kein Grund zur weiteren Verfolgung gegen ihn vorhanden sei. Das so eingestellte Straf-

verfahren kann nur dann wieder aufgenommen werden, wenn neue Beweismittel vorgebracht werden. Die im §. 113 St. P. O. von 1850 bemerkbare Nachwirkung der Entbindung von der Instanz, welche sich in der doppelten Form der Amtszeugnisse äußerte, fällt somit weg.

3. Die Einstellung des Verfahrens findet in gleicher Weise und mit gleicher Wirkung statt, wenn die Staatsanwaltschaft am Schlusse der Voruntersuchung keine Anklageschrift überreicht, oder dieselbe vor der Hauptverhandlung zurücknimmt.

4. Wenn der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung von der Anklage zurücktritt, so erfolgt ein freisprechendes Endurtheil.

5. Außerdem ist das Gericht an die Anträge des Staatsanwaltes nur insoweit gebunden, als es den Angeklagten nicht einer That schuldig erklären kann, wegen welcher der Staatsanwalt eine Anklage nicht erhoben hat, und als es hinsichtlich einer solchen That auch keine Frage an die Geschwornen stellen kann.

6. Einen bestimmten Antrag über die Bemessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafsatzes hat der Staatsanwalt nicht zu stellen.

7. Das Recht des Vorsitzenden zur Leitung der Hauptverhandlung besteht auch dem Staatsanwalt gegenüber. Nöthigenfalls hat er auch diesem gegenüber zu wachen, daß gegen Niemand Beschimpfungen oder offenbar ungegründete oder zur Sache nicht gehörige Beschuldigungen vorgebracht werden.

II. Stellung des Beschädigten.

8. Der durch eine strafbare Handlung Verletzte kann sich dem Strafverfahren als Privatbetheiligter anschließen.

9. Er ist, wenn der Staatsanwalt seine Anzeige zurückweist, berechtigt, an die Rathskammer den Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung zu richten. Die Rathskammer hat in diesem Falle nach Anhörung des Staatsanwaltes und sobald die nöthigen Vorerhebungen gepflogen sind, über die Einleitung der Voruntersuchung Beschluß zu fassen.

10. Der Privatbetheiligte ist von der Einstellung der Voruntersuchung in Kenntniß zu setzen, und kann binnen drei Tagen die Entscheidung der Rathskammer verlangen.

11. Erklärt der Staatsanwalt am Schluß der Voruntersuchung, daß er keinen Grund zur weiteren Verfolgung finde, so kann der Privatbetheiligte die Anklage schriftlich oder protokollarisch beim Untersuchungsrichter anbringen. Diese Anklage vertritt, soferne die Rathskammer sie für zulässig erklärt hat, die Stelle der vom Staatsanwalt eingebrachten Anklageschrift.

12. Gegen die Zurückweisung der unter 9, 10 und 11 erwähnten Anträge des Privatbetheiligten steht diesem kein Rechtsmittel zu.

13. Wird diesen Anträgen stattgegeben, so hat der Staatsanwalt sich von dem weiteren Gange der Sache in Kenntniß zu erhalten und den Sitzungen beizuwohnen. Er ist jederzeit berechtigt, die Verfolgung selbst wieder aufzunehmen.

14. In der Hauptverhandlung kann der Privatbetheiligte die Anklage, obgleich sie der Staatsanwalt fallen läßt, aufrecht erhalten, und dadurch bewirken, daß der Gerichtshof in der Sache erkennen muß. (Vgl. dagegen oben 4). Dagegen hat er gegen ein freisprechendes Erkenntniß kein Rechtsmittel.

15. Erfolgt die Verurtheilung, so erkennt das Gericht zugleich, so weit dies möglich ist, über die Entschädigungsansprüche; außerdem aber verweist es dieselben ganz oder theilweise auf den Civilrechtsweg.

Gegen die Entscheidung des Strafgerichtes über seine Entschädigungsansprüche steht dem Privatbetheiligten ein Rechtsmittel nicht zu; dagegen bleibt ihm unbenommen, auf dem Civilrechtswege einen ihm günstigeren Ausspruch zu suchen.

B. **Verhältniß der Voruntersuchung zur Hauptverhandlung.**

I. Wegfallen der Voruntersuchung.

16. Eine gerichtliche Voruntersuchung muß stattfinden, wenn es sich um ein zur Zuständigkeit der Geschwornengerichte gehöriges Verbrechen handelt, wenn lediglich auf Verlangen des Privatbetheiligten, oder wenn gegen einen Abwesenden verfahren werden soll.

In allen anderen Fällen kann der Staatsanwalt sofort die Anklageschrift einbringen, und es findet sodann eine Voruntersuchung nur statt, wenn das zur Entscheidung über die Versetzung in Anklagestand berufene Gericht eine solche für nöthig erachtet.

II. Vorerhebungen.

(Siehe Allg. Motive S. 120 ff.)

III. Vereinfachung des Verfahrens durch Ausscheidung einzelner von mehreren zusammenfallenden Strafsachen.

17. Wird die Voruntersuchung wider mehrere Angeschuldigte oder wegen mehrerer strafbaren Handlungen desselben Angeschuldigten geführt, so können einzelne dieser zusammentreffenden Strafsachen zur Vermeidung von Verzögerungen oder Erschwerungen des Verfahrens oder einer unnöthigen Verlängerung der Haft eines Angeschuldigten, abgesondert zur Anklage und Hauptverhandlung gebracht werden.

18. In jedem solchen Falle hat der Staatsanwalt zu erklären, ob er sich die Verfolgung hinsichtlich der übrigen Anschuldigungspunkte vorbehalte. Geschieht dies, so muß die Voruntersuchung fortgesetzt und ungesäumt zum Abschluß gebracht werden. In Ermanglung eines solchen Vorbehaltes dagegen kann eine weitere Verfolgung nicht stattfinden.

19. Die ausgeschiedene Strafsache ist an jenes Gericht abzugeben, welches abgesehen von ihrem Zusammentreffen mit anderen Strafsachen zuständig gewesen wäre.

20. Wird gegen den Angeklagten ein Strafurtheil gefällt, so steht der Vollstreckung desselben der Umstand nicht entgegen, daß der Staatsanwaltschaft die Verfolgung wegen einer anderen strafbaren Handlung noch vorbehalten ist. Nur wenn die letztere mit der Todesstrafe bedroht ist, muß bis zur Entscheidung über dieselbe mit der Vollstreckung des nach §. 292 ergehenden Urtheils innegehalten werden. Wird der Angeklagte dann bezüglich der mit Todesstrafe bedrohten That freigesprochen, so ist die Untersuchungshaft in die früher verhängte Strafe einzurechnen.

21. Wird ein Angeklagter, gegen welchen bereits ein Strafurtheil ergangen ist, einer anderen vor der Fällung jenes Strafurtheils begangenen strafbaren Handlung schuldig befunden, so ist bei Bemessung der Strafe für die neu hervorgekommene strafbare Handlung auf die dem Schuldigen durch das frühere Erkenntniß zuerkannte Strafe angemessene Rücksicht zu nehmen, so daß die im Gesetze für die schwerer strafbare Handlung bestimmte Strafe nicht überschritten werden darf.

22. Das Strafverfahren kann sofort und unabhängig von den Bedingungen und Förmlichkeiten der Wiederaufnahme nach den allge-

meinen Vorschriften, und zwar durch das nach denselben zuständige Gericht eingeleitet oder fortgesetzt werden, wenn der Staatsanwaltschaft bei der Beendigung des Strafverfahrens wegen eines Verbrechens oder Vergehens die Verfolgung wegen anderer strafbaren Handlungen vorbehalten wurde, oder wenn sich erst nachher Verdachtsgründe einer anderen früher begangenen strafbaren Handlung ergaben.

IV. Wahrung des Grundsatzes der Mündlichkeit.

23. In die Protokolle über Vernehmungen in der Voruntersuchung sind Fragen nur soweit aufzunehmen, als es zum Verständniß einer Antwort erforderlich ist.

Die Antworten sind in der Regel ihrem wesentlichen Inhalt nach erzählungsweise in kurzer Zusammenfassung aufzunehmen.

Nur wo es für die Beurtheilung der Sache wichtig, oder wo zu erwarten ist, daß die Verlesung des Protokolles in der Hauptverhandlung nothwendig sein werde, ist der Vernommene unter Beibehaltung seiner eigenen Ausdrücke redend einzuführen.

24. Erachtet das Gericht das persönliche Erscheinen eines in activer Dienstleistung stehenden Militairs bei der Hauptverhandlung für nothwendig, und kann derselbe nicht sofort im Dienste entbehrt werden, so hat dessen Vorgesetzter ungesäumt den Zeitpunkt anzugeben, zu welchem auf dessen persönliches Erscheinen zu rechnen ist.

25. Gerichtliche Protokolle über die Vernehmung von Mitangeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen können auf Verlangen des Staatsanwaltes oder einer der Parteien oder auf Anordnung des Vorsitzenden, jedoch nur dann vorgelesen werden, wenn die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind, wenn ihr Aufenthalt unbekannt, oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen füglich nicht bewerkstelligt werden konnte, oder wenn der Staatsanwalt oder Privatankläger und der Angeklagte darüber einverstanden sind. Weichen Zeugen oder Sachverständige in wesentlichen Punkten von ihren in der Voruntersuchung gemachten Angaben ab, so kann der Vorsitzende diese aus den Voruntersuchungsacten vorlesen lassen.

Augenscheinsprotokolle, gegen den Angeklagten früher ergangene Straferkenntnisse und andere Urkunden, welche für die Sache von Bedeutung sind, können ebenfalls vorgelesen werden.

C. Erleichterung der Lage des Angeschuldigten und anderer durch das Strafverfahren berührter Personen.

26. Der Untersuchungsrichter hat dem Angeschuldigten, ehe dessen Vernehmung beginnt, zu erklären, daß er als Angeschuldigter vor Gericht stehe. Eine vor dieser Erklärung abgelegte Aussage kann als Beweismittel gegen den Angeschuldigten nicht benützt werden.

27. Der Angeschuldigte kann verlangen, daß seiner Vernehmung Gerichtszeugen beigezogen werden.

28. Die Personen, welche das Recht haben, sich des Zeugnisses zu entschlagen, dürfen nicht beeidet werden.

29. Der Angeschuldigte kann sich eines Vertheidiges bedienen, und dazu Jeden wählen, der in der Vertheidigerliste eines der Länder eingetragen ist, in welchen diese Strafproceßordnung in Geltung ist. Ausgeschlossen von der Vertheidigung sind diejenigen, welche als Zeugen zur Hauptverhandlung vorgeladen werden müssen; in wieferne Personen, welche in der Voruntersuchung als Zeugen vernommen wurden, einstweilen von der Vertheidigung auszuschließen seien, hat die Rathskammer und im Falle der Beschwerde das Oberlandesgericht zu beurtheilen.

Dem Angeschuldigten ist auch gestattet, mehrere Vertheidiger beizuziehen; doch dürfen die einzelnen dem Angeschuldigten in der Hauptverhandlung gestatteten Vorträge immer nur von je einem der Vertheidiger gehalten werden.

30. Der Angeschuldigte kann sich auch vor Mittheilung der Anklageschrift eines Vertheidigers bedienen; unentgeltlich zu bestellen ist ein solcher jedoch nur zur Ausführung einzelner, vom Angeschuldigten angemeldeter Beschwerden.

Vor dem gedachten Zeitpunkte kann eine Unterredung des verhafteten Angeschuldigten mit dem Vertheidiger nur in Gegenwart einer Gerichtsperson stattfinden; auch hängt es bis dahin von der pflichtmäßigen Beurtheilung des Untersuchungsrichters (und im Falle der Beschwerde) der Rathskammer ab, ob dem Vertheidiger die Einsichtnahme aller Acten oder einzelner Actenstücke zu versagen sei. Doch kann

die Abschrift des Verhaftsbefehls oder anderer gerichtlicher Verfügungen, gegen welche dem Angeschuldigten ein abgesondertes Rechtsmittel zusteht, ferner die Betheiligung bei der Einnahme des Augenscheins dem Vertheidiger nie versagt werden.

31. Der Angeschuldigte ist auch, soferne dadurch das Verfahren nicht aufgehalten wird, berechtigt, seinem Vertheidiger einen oder mehrere Sachverständige, und bei verschiedenartigen Gegenständen für jeden derselben einen besonderen Sachverständigen nach eigener Wahl und auf eigene Kosten beizugeben.

32. Der Untersuchungsrichter kann einen Verhaftsbefehl gegen den eines Vergehens oder Verbrechens Verdächtigen erlassen:

a) Wenn dieser der Vorladung weder Folge geleistet, noch eine hinreichende Entschuldigungsursache angezeigt hat;

b) wenn er auf frischer That betreten, oder alsbald nach der That als des Vergehens oder Verbrechens verdächtig durch öffentliche Nachtheile oder öffentlichen Nachruf bezeichnet, oder mit Waffen oder anderen Gegenständen, die von dem Verbrechen oder Vergehen herrühren, oder sonst auf seine Theilnahme an demselben hinweisen, betreten wird;

c) wenn er Anstalten zur Flucht gemacht hat, oder wenn er wegen der Größe der ihm muthmaßlich bevorstehenden Strafe, wegen seines herumziehenden Lebenswandels, oder als in der Gegend unbekannt, als ausweis- oder heimathlos, oder aus anderen triftigen Gründen der Flucht verdächtig ist, oder

d) wenn zu besorgen ist, daß der Angeschuldigte die Untersuchung durch Verabredung mit Mitschuldigen, oder mit Zeugen, oder durch Vernichtung der Spuren des Verbrechens oder Vergehens vereiteln oder bedeutend erschweren werde.

33. Der Untersuchungsrichter hat in solchen Fällen einen mit Gründen versehenen schriftlichen Verhaftsbefehl zu erlassen, welcher dem Angeschuldigten bei seiner Verhaftung oder innerhalb der nächsten 24 Stunden zuzustellen ist. Beschließt der Untersuchungsrichter die Untersuchungshaft unmittelbar nach der Vernehmung eines Angeschuldigten, so ist dieser Beschluß sammt dessen Gründen dem Angeschuldigten mündlich zu eröffnen und diese Mittheilung in dem Protokolle zu bemerken. Auch in diesem Falle sind ihm jedoch auf Verlangen die Gründe des Beschlusses binnen 24 Stunden schriftlich mitzutheilen.

34. In dem unter Z. 32 ad b), c) und d) erwähnten Fällen kann auch durch zur Untersuchung nicht zuständige Richter der Bezirks- und Landesgerichte, so wie Polizeibeamte die vorläufige Verwahrung des Verdächtigen zum Behufe der Vorführung vor den Untersuchungsrichter, ohne daß es einer schriftlichen Anordnung bedarf, verfügt und vorgenommen werden. Ebenso kann in diesen Fällen in Abwesenheit oder bei Verhinderung des Untersuchungsrichters der Staatsanwalt die vorläufige Verwahrung des Verdächtigen verfügen und durch Polizeibeamte vornehmen lassen. Der in Verwahrung Genommene ist durch den Richter oder die Polizeibehörde ungesäumt zu vernehmen, und wenn sich dabei ergibt, daß kein Grund zu seiner weiteren Verwahrung vorhanden sei, sogleich freizulassen, widrigens binnen 48 Stunden an den Untersuchungsrichter abzuliefern.

35. Der Untersuchungsrichter hat den auf seinen Befehl verhafteten oder ihm vorgeführten Angeschuldigten binnen 24 Stunden zu vernehmen. Wäre dies nicht möglich, so kann der Angeschuldigte zwar einstweilen in Haft behalten werden, es ist jedoch dessen Vernehmung sobald als möglich einzuleiten und der Grund, warum dieselbe nicht früher stattfinden konnte, im Protokolle anzumerken.

Nach der Vernehmung hat der Untersuchungsrichter sofort zu beschließen, ob der Angeschuldigte wieder auf freien Fuß gestellt, oder falls hiefür einer der im §. 32 unter c) und d) erwähnten Gründe besteht, in Untersuchungshaft gehalten werden solle.

Die unter Z. 33 in den beiden letzten Sätzen enthaltene Anordnung findet auch hier Anwendung.

36. Ist der Angeschuldigte lediglich aus dem im §. 33 unter d) erwähnten Grunde in Haft, so darf dieselbe (mit Einrechnung der vorläufigen Verwahrung) über zwei Monate nicht ausgedehnt werden. Nur aus besonders wichtigen Gründen kann in Fällen, in welchen voraussichtlich eine Freiheitsstrafe von mehr als Einem Jahre zu verhängen sein wird, das Oberlandesgericht auf Antrag der Rathskammer und nach Anhörung des Generalprocurators eine den Umständen angemessene höchstens zweimonatliche Verlängerung dieser Frist bewilligen.

37. Ueber die Entlassung aus der Haft gegen Sicherheitsleistung entscheidet in der Regel die Rathskammer.

Handelt es sich jedoch um ein mit mehr als fünfjähriger Kerkerstrafe bedachtes Verbrechen, so entscheidet das Oberlandesgericht nach An-

hörung des Generalprocurators über die Entlassung des Angeschuldigten gegen Sicherheitsstellung und über die Höhe der Versicherungssumme, ohne daß dagegen ein Rechtsmittel offen stünde.

38. Wenn der zu einer Freiheitsstrafe Verurtheilte sich weder durch die Schuldigerklärung, noch durch die Strafart, sondern nur durch das Strafmaß beschwert erachtet, so kann er die Strafe einstweilen antreten. Ebendies ist der Fall, wenn der Verurtheilte keine Rechtsmittel ergriffen hat und der Staatsanwalt oder Privatankläger nur gegen das Strafmaß die Berufung ergreift.

39. Hat sich der Angeklagte nach der Verkündigung des Urtheils erster Instanz ohne sein Verschulden in Haft befunden, so hat das über das eingelegte Rechtsmittel entscheidende Gericht diese Zeit bei Bemessung der Strafe zu berüchsichtigen, und wenn es eine solche nicht vornimmt, auszusprechen, daß dieselbe in die Strafzeit mit einzurechnen sei.

40. Wenn hinreichende Gründe zu der Vermuthung vorliegen, daß sich in einem Hause oder einer andern Räumlichkeit eine Person befinde, welche eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens verdächtig ist, oder daß sich daselbst Gegenstände befinden, welche für eine bestimmte Untersuchung von Bedeutung sein können, so kann eine Durchsuchung des Hauses und nöthigenfalls auch der Person und Kleidung stattfinden.

Die Durchsuchung findet, wenn Derjenige, bei welchem sie vorgenommen werden soll, anwesend ist, erst nach vorausgegangener Vernehmung desselben Statt, und nur in soferne, als durch diese weder die freiwillige Herausgabe des Gesuchten, noch die Beseitigung der Gründe, um derentwillen die Durchsuchung erfolgen soll, herbeigeführt wird.

Ebenso darf zu einer gewaltsamen Eröffnung verschlossener Thüren, Fenster oder Behältnisse erst dann geschritten werden, wenn eine gütliche Aufforderung dazu ohne Erfolg geblieben, oder Niemand anwesend ist, an welchen die Aufforderung gerichtet werden kann.

41. In der Regel ist die Durchsuchung von dem Untersuchungsrichter selbst zu leiten. Beauftragt er damit einen andern Gerichtsbeamten, einen Polizeibeamten oder Gemeindevorsteher, so hat er diesen mit einem schriftlichen Befehle zu versehen, in welchem die Person namhaft zu machen ist, bei welcher die Durchsuchung stattfinden soll, und die Gründe anzugeben sind, welche dieselbe veranlaßt haben. Dieser Befehl ist den Betheiligten bei der Vornahme der Durchsuchung vorzu-

weisen, und auf ihr Verlangen ist ihnen längstens binnen 24 Stunden eine Abschrift desselben zuzustellen.

42. Ohne Auftrag des Untersuchungsrichters kann eine Durchsuchung von dem Bezirksrichter, einem Polizeibeamten oder dem Gemeindevorsteher nur dann angeordnet werden, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet. Uebertragen sie die Leitung der Durchsuchung einem Untergebenen, so haben sie diesen mit einem schriftlichen Befehle (41) zu versehen.

43. Alle Diener der öffentlichen Gewalt können auch ohne besonderen Auftrag eine Durchsuchung vornehmen:

1. Zur Auffindung einer Person, wider welche ein Vorführungs- oder Verhaftsbefehl erlassen wurde, sowohl in deren Wohnung als auch in jeder Räumlichkeit, in welche sich der Verfolgte vor ihren Augen geflüchtet hat:

2. wenn der Angeschuldigte auf frischer That betreten, oder alsbald nach der That durch öffentliche Nacheile oder öffentlichen Nachruf als des Verbrechens oder Vergehens verdächtig bezeichnet, oder im Besitze von Gegenständen betreten wird, welche auf seine Betheiligung an demselben hinweisen.

44. Das über die Durchsuchung aufzunehmende Protokoll ist von allen Anwesenden zu unterfertigen. Es wird, falls nicht ohnehin ein schriftlicher Befehl vorliegt, mit der Angabe der Gründe, welche die Durchsuchung veranlaßt haben, eröffnet. Jedem Betheiligten ist auf Verlangen eine Abschrift dieses Theiles des Protokolles sofort und längstens binnen 24 Stunden zuzustellen.

45. Von der Beschlagnahme ist die Correspondenz ausgenommen, welche der Angeschuldigte mit seinem Beichtvater oder mit seinem Vertheidiger geführt hat, vorausgesetzt, daß dieselbe sich noch in den Händen dieser Personen befindet [1]).

46. Verweigert ein Zeuge die Beantwortung einer Frage, weil dieselbe für ihn einen unmittelbaren und bedeutenden Vermögensnachtheil nach sich ziehen würde, oder weil er zu seiner eigenen Schande

---

[1]) Bei einer früheren Berathung war die Aufstellung folgenden Grundsatzes vorgeschlagen worden: Erleidet eine Person, welche nicht als einer strafbaren Handlung angeschuldigt erscheint, durch die Beschlagnahme ihrer Sachen einen Schaden an ihrem Vermögen, so kann sie von dem Staatsschatze den Ersatz desselben beanspruchen.

oder zu der eines seiner Angehörigen aussagen müßte: so soll er nur aus wichtigen Gründen dazu angehalteu werden.

Die Beantwortung von Fragen, welche auf die gegen eine Person verhängt gewesenen Untersuchungen, auf ergangene Straferkenntnisse, oder auf verbüßte Strafen gerichtet sind, kann nicht abgelehnt werden.

D. Versetzung in Anklagestand.

47. Die Entscheidung darüber, ob wegen einer bestimmten strafbaren Handlung die Anklage erhoben werden solle, und die Formulirung dieser Anklage steht nur der Staatsanwaltschaft zu.

48. Eine gerichtliche Entscheidung über die Zuläßsigkeit der erhobenen Anklage findet nur auf Verlangen des Angeschuldigten statt. Das Gericht, welches diese Entscheidung fällt, ist verschieden von demjenigen, welches die Hauptverhandlung abzuhalten hat.

49. Das über den Einspruch des Angeschuldigten gegen die Anklage ergehende richterliche Erkenntniß hat lediglich den zwischen der Anklage und dem Angeschuldigten geführten Streit über die Frage zu schlichten, ob die Hauptverhandlung hinsichtlich aller oder einzelner Anklagepunkte zu entfallen habe oder vor jenem Gerichte abzuhalten sei, welches die Anklageschrift bezeichnet. Dieses Erkenntniß hat, nur soweit es den Angeschuldigten außer Verfolgung setzt, oder die Nichtigkeit eines Actes der Voruntersuchung ausspricht oder endlich die Zuständigkeit regelt, die Natur einer definitiven Entscheidung, sonst aber nur die einer proceßleitenden Verfügung, welche der Hauptverhandlung in keiner Weise vorgreift.

E. Hauptverhandlung.

I. Ueberhaupt.

50. Wenn der Beschädigte als Zeuge zu vernehmen ist, so kann nach Umständen auch er angewiesen werden, sich mit den anderen Zeugen aus dem Sitzungssaal zu entfernen.

51. Zeugen und Sachverständige werden einzeln vorgerufen und in Abwesenheit des Angeklagten abgehört. Sie sind vor ihrer Vernehmung zur Angabe der Wahrheit zu ermahnen. Sachverständige, welche den Eid bereits abgelegt haben, und Zeugen, welche in der Voruntersu-

chung beeidigt wurden, sind an die Heiligkeit des abgelegten Eides zu erinnern.

Außer diesem Falle ist jeder derselben, bei sonstiger Nichtigkeit, nach Beantwortung der allgemeinen Fragen und vor seiner weiteren Vernehmung zu beeidigen, sofern nicht einer der im Gesetz bezeichneten Gründe entgegensteht. Der Zeuge hat zu schwören, daß er auf die an ihn zu richtenden Fragen die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit aussagen werde.

Die Beeidigung kann unterbleiben, oder bis nach erfolgter Abhörung des Zeugen ausgesetzt werden, wenn Ankläger und Angeklagter darüber einverstanden sind. (Auch ohne dieses Einverständniß kann die Beeidigung solcher Zeugen ausgesetzt werden, welche in der Voruntersuchung noch nicht vernommen wurden.)

52. Das Gericht ist ermächtigt, bisher nicht abgehörte Zeugen und Sachverständige, von welchen nach dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Thatsachen zu erwarten ist, im Laufe des Verfahrens vorladen und nöthigenfalls vorführen zu lassen und zu vernehmen. Es kann auch neue Gutachten abfordern, oder andere Beweismittel herbeischaffen lassen, einen Augenschein vornehmen, oder hiezu eines seiner Mitglieder abordnen, welches darüber Bericht zu erstatten hat. Ob eine Beeidigung der neuen Zeugen oder Sachverständigen stattfinde, darüber hat nach deren Abhörung und nach Vernehmung beider Theile das Gericht zu entscheiden.

Bietet die Abhörung solcher Zeugen und der Sachverständigen ein neues und für die Entscheidung der Sache wichtiges Ergebniß, so kann sowohl der Ankläger als der Angeklagte verlangen, daß die Sitzung für eine angemessene Zeit unterbrochen werde.

53. In der Regel ist in den Schlußvorträgen über alle im Urtheil zu entscheidenden Fragen ungetrennt zu verhandeln. Doch steht es dem Vorsitzenden oder dem Gerichte frei zu verfügen, daß die Schlußvorträge über die Schuldfrage von jenen über die Bemessung der Strafe, über die Entschädigungsansprüche und die Proceßkosten zu trennen seien.

54. Erscheint die Zuständigkeit des Gerichtes aus einem Grunde ausgeschlossen, welcher weder auf dem Wege des Einspruches gegen die Anklageschrift noch auf dem der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das hierüber ergangene Erkenntniß geltend gemacht werden konnte: so spricht das

Gericht seine Unzuständigkeit aus, und tritt die Verhandlung dem zuständigen Gerichte ab.

Stellt sich die dem Angeklagten zur Last fallende Handlung als eine Uebertretung dar, so hat sich das Gericht demungeachtet der Urtheilsfällung in der Sache selbst zu unterziehen.

55. Erachtet das Gericht, daß die der Anklage zu Grunde liegenden Thatsachen an sich oder in Verbindung mit den etwa erst in der Hauptverhandlung hervorgetretenen Umständen eine andere als die in der Anklage bezeichnete, jedoch zu seiner Zuständigkeit gehörige strafbare Handlung begründen, so hat es, nachdem es den Staatsanwalt und die Parteien darüber gehört, und über einen etwaigen Vertagungsantrag entschieden hat, das Urtheil nach seiner rechtlichen Ueberzeugung, ohne an die in der Anklage enthaltene Bezeichnung des Verbrechens oder Vergehens gebunden zu sein, zu schöpfen.

56. Ist der Angeklagte bei der Hauptverhandlung noch einer anderen strafbaren That beschuldiget worden, als wegen welcher er angeklagt war, so kann das Gericht, auf Antrag des Staatsanwaltes, die Verhandlung und das Urtheil auch auf diese That ausdehnen. Die Zustimmung des Angeklagten ist nur dann erforderlich, wenn derselbe bei seiner Verurtheilung wegen dieser That unter ein Strafgesetz fiele, welches strenger ist, als das in der Anklage angeführte.

Verweigert in einem solchen Falle der Angeklagte seine Zustimmung zur sofortigen Aburtheilung, oder kann dieselbe nicht erfolgen, weil eine sorgfältigere Vorbereitung nöthig erscheint, oder weil das Gericht zur Aburtheilung über die hinzugekommene strafbare Handlung nicht zuständig ist; so hat sich das Urtheil auf den Gegenstand der Anklage zu beschränken, und dem Staatsanwalt (auf sein Verlangen) die selbstständige Verfolgung wegen der hinzugekommenen That vorzubehalten, außer welchem Falle wegen dieser letzteren eine anderweite Verfolgung nicht mehr stattfindet.

Nach Umständen kann das Gericht auch, wenn es über die hinzugekommene That nicht sofort aburtheilt, die Hauptverhandlung abbrechen und die Entscheidung über alle dem Angeklagten zur Last fallenden strafbaren Handlungen einer neuen Hauptverhandlung vorbehalten.

In beiden Fällen muß mindestens bezüglich der neu hinzugekommenen That eine neue Anklageschrift eingebracht werden.

II. Hauptverhandlung vor den Geschwornengerichten [2]).

57. Nach Beendigung des Beweisverfahrens fordert der Vorsitzende den Staatsanwalt und die Parteien auf, ihre etwaigen Anträge über die Fragestellung vorzubringen. Nach Anhörung derselben zieht sich der Gerichtshof zur Feststellung der Fragen zurück.

Die Fragen müssen bei sonstiger Nichtigkeit zu Papier gebracht, vom Vorsitzenden unterfertiget und von letzterem sogleich nach der Rückkehr des Gerichtshofes vorgelesen werden.

Beschließt der Gerichtshof später eine Aenderung der Fragestellung, so müssen die Fragen nochmals verlesen werden.

58. Die Hauptfrage ist darauf gerichtet: Ob der Angeklagte schuldig sei, die der Anklage zum Grunde liegende Handlung begangen zu haben. Hiebei sind alle gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung in die Frage aufzunehmen; diejenigen von ihnen, welche einen Rechts-

---

[2]) In Bezug auf die Bildung der Geschwornenliste war bei einer früheren Gelegenheit die Aufstellung folgender Grundsätze vorgeschlagen worden:

1. Die Befähigung zum Geschwornenamt ist bedingt durch den Besitz des activen Wahlrechtes in der Heimatsgemeinde.
2. Auf Grund der Gemeinde-Geschwornenliste verfaßt der Gemeindeausschuß (Gemeinderath) selbst oder (in größeren Städten) durch von ihm bestellte Commissionen das Verzeichniß derjenigen Personen, welche nach seinem Vorschlage auf die Jahresliste zu setzen sind. Man hat sich dabei gegenwärtig zu halten, daß dies nur bezüglich solcher Personen geschehen dürfe, welche die zu dem wichtigen Amte eines Geschwornen erforderliche Rechtlichkeit der Gesinnung und Einsicht besitzen, sowie auch die mit dem Amte verbundenen Lasten ohne empfindlichen Nachtheil zu tragen vermögen. Es ist unbenommen, in letzterer Beziehung vorzugsweise diejenigen zu berücksichtigen, welche sich zur Dienstleistung freiwillig anbieten.
3. Diese Liste wird von dem Bezirksausschusse oder einer durch diesen zusammengesetzten Commission unter Mitwirkung des Vorstehers des Bezirkscollegialgerichtes auf die Hälfte reducirt, wobei es übrigens freisteht, in die Gesammtliste neue Namen bis zu einer dem achten Theile der reducirten Liste gleichkommenden Zahl aufzunehmen.
4. Die Zusammenstellung der auf diese Weise zu Stande gekommenen Bezirkslisten bildet die Jahresliste für den Schwurgerichtsbezirk, aus welcher die Dienstliste durch das Loos in der durch die St. P. O. v. 1850 bestimmten Weise gebildet wird.
5. Schwurgerichtssachen, in welchen es sich voraussichtlich um verwickeltere Geld- und Geschäftsverhältnisse, oder um solche Gegenstände handelt, zu deren Aburtheilung ein höherer Grad von Bildung erforderlich ist, können vor eine Specialjury verwiesen werden. Die Bildung dieser Specialliste steht dem Bezirksausschuß unter Mitwirkung des Vorstehers des Bezirkscollegialgerichtes zu.
6. Ist vorauszusehen, daß die Sitzungen des Schwurgerichtshofes mehr als zwölf Tage in Anspruch nehmen werden, so ist für die zweite Hälfte der Sitzungszeit eine zweite Dienstliste zu bilden.

begriff enthalten, sind auf Verlangen des Angeklagten auf das ihnen entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückzuführen. Außerdem sind die besonderen Umstände der That nach Ort, Zeit, Gegenstand u. s. w. nur soweit in die Frage aufzunehmen, als diese zur deutlichen Bezeichnung der That oder für die Entscheidung über die Entschädigungsansprüche nothwendig ist.

59. Ist behauptet worden, daß ein Zustand vorhanden gewesen, oder eine Thatsache eingetreten sei, welche die Strafbarkeit völlig ausschließen oder aufheben würden, so hat der Gerichtshof eine dieser Behauptung entsprechende Frage zu stellen. In diesem Falle wird die Hauptfrage nur dahin gerichtet: Ob der Angeklagte die der Anklage zu Grunde liegende Handlung begangen habe.

Sind Thatsachen behauptet worden, vermöge welcher, ihre Wahrheit vorausgesetzt, ein des vollendeten Verbrechens Angeklagter nur des Versuches, oder ein als unmittelbarer Thäter Angeklagter nur der Mitschuld oder Theilnahme, oder ein wegen eines schwereren Verbrechens Angeklagter eines geringeren Verbrechens oder nur eines Vergehens oder einer Uebertretung schuldig wäre: so sind entsprechende eventuelle Fragen zu stellen.

Außerdem kann eine Frage, vermöge welcher die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter den Begriff eines anderen als des in der Anklage bezeichneten Verbrechens, Vergehens oder einer Uebertretung gebracht wird, nur mit Zustimmung des Angeklagten gestellt werden. Widersetzt er sich der Stellung einer solchen Frage, so kann der Gerichtshof aussprechen, daß der Staatsanwaltschaft die anderweite Verfolgung wegen der betreffenden Thatsachen vorbehalten bleibe.

60. Wird der Angeklagte bei der Hauptverhandlung noch einer anderen strafbaren That beschuldigt, als wegen welcher er angeklagt war, so können auch darauf besondere Fragen gestellt werden.

Doch kann der Gerichtshof, wenn sich eine bessere Vorbereitung der Anklage oder Vertheidigung als nothwendig darstellt, beschließen, daß die Stellung solcher Fragen unterbleiben solle. Die Stellung solcher Fragen muß unterbleiben, wenn der Angeklagte im Falle der Bejahung derselben unter eine Strafbestimmung fiele, welche strenger ist, als die in der Anklage angeführte, und er seine Zustimmung zur sofortigen Aburtheilung versagt.

Indeß ist in beiden Fällen dem Staatsanwalt auf seinen Antrag die anderweitige Verfolgung wegen der betreffenden Thatsachen vorzubehalten.

61. Außerdem sind über Erschwerungs- und Milderungsumstände angemessene Fragen an die Geschwornen nur dann zu stellen, wenn deren Vorhandensein nach dem Gesetze ausdrücklich eine Aenderung des Strafsatzes begründet; keineswegs aber dann, wenn dieselben nur auf die Ausmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafsatzes Einfluß haben, oder wenn es dem Richter, wegen vorhandener Milderungsumstände, nur gestattet ist, unter den geringsten gesetzlichen Strafsatz herabzugehen. In diesen Fällen unterliegen die Erschwerungs- und Milderungsumstände ausschließlich der Beurtheilung des Gerichtshofes.

62. Die an die Geschwornen zu richtenden Fragen sind so zu stellen, daß sie sich mit Ja oder Nein beantworten lassen.

Welche Thatsachen in eine Frage zusammenzufassen oder zum Gegenstande besonderer Fragen zu machen seien, bleibt der Beurtheilung in jedem einzelnen Falle überlassen.

Fragen, welche nur für den Fall der Bejahung oder für den der Verneinung einer anderen Frage gestellt werden (Zusatz- und Eventualfragen) sind als solche ausdrücklich zu bezeichnen.

63. Der Vorsitzende faßt nach Feststellung der Fragen die wesentlichen Ergebnisse der Hauptverhandlung in einer gedrängten Darstellung zusammen, und führt in möglichster Kürze die für und wider den Angeklagten sprechenden Beweise auf, ohne jedoch seine eigene Ansicht darüber kundzugeben.

Er setzt den Geschwornen, insoweit die Umstände dies erfordern, die gesetzlichen Merkmale der den Gegenstand einer Frage bildenden strafbaren Handlung und die Bedeutung der in derselben gebrauchten gesetzlichen Ausdrücke auseinander, und macht sie auf ihre Pflichten im Allgemeinen und insbesondere auf die Vorschriften über ihre Berathung und Abstimmung aufmerksam.

64. Wenn die Geschwornen einer Aufklärung oder Belehrung über den Sinn der ihnen vorgelegten Fragen bedürfen, so begeben sie sich in den Sitzungssaal zurück, und der Obmann erbittet von dem Vorsitzenden die erforderliche Aufklärung, welche ihnen von dem Vorsitzenden vor versammeltem Gerichte und in Gegenwart des Staatsanwalts und der Parteien ertheilt wird.

65. Lautet der Wahrspruch der Geschwornen auf „Nicht schuldig," so hat der Schwurgerichtshof sofort auf Freisprechung zu erkennen.

F. Abstimmung der Richter-Collegien.

66. Sollte es möglich sein, die Urtheilssenate der Landesgerichte derart zu besetzen, daß der kleine Senat aus 5 Richtern, der große (an die Stelle des Schwurgerichtshofes tretende) Senat aus 7 Richtern bestünde; so wäre an jener Stelle, wo von der Fällung des Endurtheils speciell zu handeln ist, die Bestimmung aufzunehmen:

Der Ausspruch, daß der Angeklagte einer ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung sei, oder daß ein Umstand vorliege, welcher die Anwendung eines höheren Strafsatzes begründet, kann nur mit Stimmeneinheit oder mit einer Mehrheit von 4(6) Stimmen beschlossen werden.

67. Sollte es sich dagegen als nöthig erweisen, daß die Senate mit 4 und 6 Richtern besetzt werden, dann wird es nothwendig sein, folgende Grundsätze aufzustellen:

a) Bei Stimmengleichheit ist der Beschluß nach der dem Angeklagten günstigeren Meinung zu fassen.

b) Ist es zweifelhaft, welches die dem Angeklagten günstigere Meinung sei, so ist darüber, als über eine Vorfrage besonders abzustimmen, und wenn auch bei dieser Abstimmung die Stimmen gleich getheilt sind, so entscheidet hierüber die Stimme des Vorsitzenden.

c) Hat das Gericht über eine im Laufe der Hauptverhandlung sich ergebende Zwischenfrage ein Erkenntniß zu fällen, so leitet der Vorsitzende zwar die Berathung und Abstimmung, gibt aber selbst seine Stimme nicht ab.

G. Verfahren in Uebertretungsfällen.

68. Bei den Uebertretungen, welche einer Untersuchung und Bestrafung von Amtswegen unterliegen, werden die Verrichtungen der Staatsanwaltschaft an Orten, wo sich eigene Polizeibehörden befinden, durch die vom Generalprocurator am Oberlandesgerichte im Einvernehmen mit dem Statthalter zu bezeichnenden Polizeicommissäre an anderen Orten durch einen auf gleiche Weise zu bezeichnenden Beamten der gerichtlichen Polizei ausgeübt. Dieselben sind dabei dem Staatsanwalte an dem Landesgerichte, in dessen Sprengel sie sich befinden, untergeordnet, haben dessen Weisungen zu befolgen, und demselben alle Monate einen Aus-

Ausweis über die von ihnen verfolgten Uebertretungen und den Erfolg der getroffenen Einleitungen vorzulegen.

Uebrigens steht es dem Staatsanwalt frei, sich bei jeder vor ein Bezirksgericht seines Sprengels gehörigen Verhandlung selbst oder durch einen Stellvertreter zu betheiligen.

69. Bei Uebertretungen, welche nur auf Verlangen eines Betheiligten untersucht und bestraft werden, ist die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft gänzlich ausgeschlossen. Dieselben können nur durch den Betheiligten als Privatankläger verfolgt werden, welchem dabei zur Durchführung seiner Anklage die Befugnisse des Staatsanwaltes zustehen.

70. Dem durch eine von Amtswegen zu verfolgende Uebertretung Verletzten steht es frei, sich dem Strafverfahren anzuschließen. Verweigert der zu den Verrichtungen der Staatsanwaltschaft berufene Beamte die Verfolgung, oder kann er in Fällen, welche zur unverzüglichen Aburtheilung geeignet sind, nicht sogleich herbeigerufen werden, so kann der Verletzte die Uebertretung mit allen Rechten eines Privatanklägers selbst verfolgen.

71. Wenn von einer öffentlichen Behörde oder einer der im §. 68 des Strafgesetzes erwähnten Personen gegen einen auf freiem Fuße befindlichen Angeschuldigten auf Grund ihrer eigenen dienstlichen Wahrnehmung eine Uebertretung, welche in dem Gesetze nur mit Arrest ersten Grades in der Dauer von höchstens Einem Monate oder nur mit einer Geldstrafe bedroht ist, zur Anzeige gebracht wird, so kann der Bezirksrichter auf Antrag des mit den staatsanwaltschaftlichen Verrichtungen betrauten Beamten die verwirkte Strafe, sofern diese Arrest in der Dauer von acht Tagen oder eine Geldstrafe von vierzig Gulden nicht übersteigt, ohne vorausgehendes Verfahren durch eine Strafverfügung festsetzen.

72. In der Strafverfügung muß angegeben sein:

1. Die Beschaffenheit der Uebertretung, sowie die Zeit und der Ort ihrer Begehung;

2. der Name der Person oder Behörde, welche die Uebertretung angezeigt hat;

3. die Straffestsetzung unter Anführung der Strafbestimmung, auf welche dieselbe sich gründet;

4. daß es dem Angeschuldigten freistehe, wenn er sich durch die Strafverfügung beschwert finden sollte, innerhalb einer achttägigen

Frist, von der Zustellung der Verfügung an gerechnet, seinen Einspruch dagegen bei dem Bezirksgerichte schriftlich oder zu Protokoll anzumelden und zugleich die zu seiner Vertheidigung dienenden Beweismittel anzuzeigen; daß aber, falls in dieser Frist ein Einspruch nicht erfolge, die Strafverfügung in Rechtskraft übergehen und gegen ihn vollstreckt werden würde.

73. Wird in der achttägigen Frist ein Einspruch erhoben, so tritt das ordentliche Verfahren ein; im entgegengesetzten Falle findet gegen die Strafverfügung ein Rechtsmittel nicht Statt, jedoch kann, soferne den Voraussetzungen des §. 430, Z. 1 und 2 genügt ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden.

74. Gegen die Urtheile der Bezirksgerichte findet die Berufung an das Landesgericht, und gegen die über solche Berufungen gefällten Urtheile der Landesgerichte die Nichtigkeits-Beschwerde an den Cassationshof statt.

Die Detailbestimmungen hierüber sind denen der Strafproceßordnung von 1850 anzupassen.

3.

Ueber zwei Vermittlungsvorschläge in dem Streit über die Beibehaltung der Berufung.

I. Ist es möglich, durch Modificationen des Berufungssystemes die Hindernisse zu beseitigen, welche sich seiner Wiedereinführung und namentlich seiner Ausdehnung auf die schwereren Criminalfälle entgegenstellen?

(Aus der Denkschrift über das Rechtsmittel der Berufung. Wien, k. k. Staatsdruckerei 1862.)

Es läßt sich nicht verkennen, daß die Bedenken, welche das Berufungssystem der Strafproceßordnung van 1850 erregt, keineswegs alle von gleicher Bedeutung seien. Viele damit verbundene Uebelstände lassen sich durch wenig eingreifende Bestimmungen beseitigen; und in der That ist hiefür in dem im J. 1851 zu Stande gekommenen Entwurf einer Strafproceßordnung vielfach gesorgt worden. Diese partiellen Reformen sind bereits in dem nunmehr vorliegenden Entwurfe berücksichtigt worden.

Als unbedingt geboten, aber auch mit dem Wesen der Berufung durchaus vereinbar zeigt sich ferner die Beseitigung der falschen Stellung, welche der Berufungsbehörde in Bezug auf die von ihr constatirte Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten im Verfahren erster Instanz angewiesen ist.

Es erscheint daher als unerläßlich, daß zwar einerseits Vorsorge gegen den Mißbrauch von Nichtigkeitsgründen getroffen, andrerseits aber in jedem Falle, wo ein Nichtigkeitsgrund anerkannt ist, die Hauptverhandlung wiederholt werde, wie dies schon in der unter fran=

zösischer Herrschaft zu Stande gekommenen Strafproceßordnung für das Königreich Italien (1807) im Art. 386 angeordnet war.

Durch eine solche Bestimmung würde übrigens nur dasjenige in seiner Reinheit wieder hergestellt, was nur um der Convenienz willen mit der Berufung verbunden wurde, die Nichtigkeitsbeschwerde nämlich, welche nach der St. P. O. v. 1850 in Fällen, wo das Urtheil eines Bezirkscollegialgerichtes angefochten wird, an das Landesgericht geht, und so mit der Berufung verbunden ist. Das eigentliche Wesen dieser letzteren liegt aber in einer Beschwerde gegen den Inhalt des Erkenntnisses, welchen der höhere Richter prüfen und abändern soll. So weit nun die Berufung auch gegen die in erster Instanz erfolgte Feststellung der Thatsachen gerichtet ist, wird sie von Vielen für unzuläſſig erklärt, wenigstens da, wo der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens zu aufrichtiger und vollständiger Anerkennung gelangt ist.

Ist es nämlich wahr, daß die Unmittelbarkeit des Verfahrens die beste Gewähr der Wahrheit biete, und daß sie durch nichts ersetzt werden könne; so ist es auch wahr, daß der Berufungsrichter schlechter unterrichtet sein müsse, als der judex a quo. Verlangt man von ihm, daß sein Ausspruch die Thatfrage in ihrem vollen Umfange umfasse, und die Thatsachen so feststelle, wie sie ihm erscheinen; so setzt man offenbar das Urtheil des schlechter Unterrichteten über das des besser Informirten.

Dies ist so einleuchtend, daß die Vertheidiger der Berufung (sofern sie nicht die volle Reproduction der Verhandlung verlangen) sich beeilen, die Sache unter einen andern Gesichtspunkt zu bringen. Sie sagen: Der Berufungsrichter habe eben gar nicht ein zweites Urtheil über die Sache selbst zu fällen, er habe nur das erste Urtheil und die wider dasselbe vorgebrachten Einwendungen zu prüfen, — gewissermaßen über das Urtheil zu urtheilen. Einer der eifrigsten Vertheidiger der Berufung (W. Brauer in der Zeitschr. f. deutsches Strafverfahren N. F. Bnd. III S. 317 und 318) sagt darüber: „Der Bogen, dessen Schlußstein das Urtheil bildet, ist gesprengt, das Gebäude der That, mit ihren Einzelheiten und Beweisen steht fertig und durchsichtig, wie ein gothischer Dom, befreit von dem Schutte des überflüssigen Werkstoffs, vor dem prüfenden Auge. Der Recurrent, welcher an der Festigkeit des Gebäudes zweifelt, kann dasselbe nicht damit umstürzen, daß er einfach und allgemein erklärt, er halte den Bau für verfehlt, er muß die Schwächen der Construction, die Fehler des Stoffs hervorheben und nachweisen, wenn

seine Beschwerde nicht von vorn herein als eine leichtfertige und unbegründete erscheinen soll. Es ist daher die Aufgabe des Recursrichters schon darum eine wesentlich verschiedene, weil es sich jetzt regelmäßig nicht mehr um die Construction des ganzen Baues, sondern um die Prüfung einzelner Theile handelt; seine Thätigkeit ist daher auf ein viel kleineres Gebiet concentrirt. Die Recursverhandlungen, die sich in engeren Schranken bewegen, bestehen aber in der Beleuchtung und Zergliederung der einzelnen Punkte, in welchen der Fehler gefunden werden soll. Aber diese Momente werden in der Recursinstanz auf eine Weise zergliedert und ins Einzelne verfolgt, wie dies begreiflicherweise bei der ersten Prüfung nicht möglich war. Die Arbeit des früheren Richters, welche probehaltig erscheint und sie ist meist der größte Theil derselben — bleibt unangefochten, und die Prüfung ist auf wenige Gegenstände beschränkt, in Bezug auf welche sich der erste Richter geirrt hat. Der Recursrichter hat daher nicht selbst aufzubauen, sondern ein fertiges Werk, dessen Motive er übersieht, zu prüfen, und darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Thätigkeit beider Gerichte."

Dies Alles kann man aber nur insoferne als wahr gelten lassen, als der Berufungsrichter sich auf die Prüfung des Urtheils und darauf beschränkt, zu erklären, ob sein Vertrauen auf die Richtigkeit der in erster Instanz erfolgten Festsetzung der Thatsachen durch die vorgebrachten Gegengründe erschüttert worden sei, oder nicht. Sowie man ihm aber die Pflicht auferlegt, sich eine positive Ueberzeugung zu bilden und derselben in seinem Urtheil Ausdruck zu geben, nöthigt man ihn einen Ausspruch zu thun, für welchen ihm die erforderlichen Materialien fehlen. „Die nochmalige Prüfung" worauf man so großen Werth legt, ist entweder eine Täuschung, oder sie kann nur in der Weise geschehen, daß, wenn die Verläßlichkeit des ersten Urtheils erschüttert ist, das gesammte Beweismaterial, auf welchem dasselbe beruhte, noch einmal vorgeführt, und zur Grundlage eines neuen Urtheils gemacht wird.

Auch hier, wie in so vielen anderen Fällen, ist die Wahrheit auf Seite keiner der einander schroff gegenüberstehenden Behauptungen, sie ist wohl nur in der Mitte zwischen beiden zu suchen. Eine wahre zweite Instanz, d. h. eine Behörde, welche auf Grund derselben Materialien ein zweites, durchaus ihr angehöriges Urtheil fällt, kann es nicht geben, wo nicht Acten, sondern mündliche Aussagen dem Erkenntniß zu Grunde liegen. Andererseits liegt es aber doch nicht im Wesen des

mündlichen Verfahrens, daß sich das auf Grund desselben gefällte Urtheil jeder Prüfung unbedingt entzieht. Es kömmt eben nur darauf an, in welcher Weise die Prüfung vorgenommen wird, und wie weit sich der in Folge derselben ergehende Ausspruch erstreckt.

Naturgemäß ist es, daß ein im ordnungsmäßigen Verfahren ergangenes Erkenntniß, die Vermuthung der Richtigkeit für sich habe, und daß eine solche Vermuthung nicht durch die bloße Behauptung einer Partei, es sei ihr Unrecht geschehen, beseitigt werde, daß dafür Gründe vorgebracht werden müssen. Werden aber solche Gründe vorgebracht, so wird man sie mit den Gegengründen des Gegners, mit den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses vergleichen, die Ergebnisse dieser Vergleichung mit Hilfe der Acten sicherstellen können. Hat ein unbefangener Richter diese Operationen vorgenommen, und es bleiben noch immer nicht blos vage Zweifel, sondern erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit des ersten Urtheils übrig: so wird er zwar sich nicht zutrauen, ein zweites, besseres Urtheil zu füllen, da er weiß, daß er nicht alle Materialien des ersten vollständig überschaut; allein zu dem Ausspruch wird er sich berechtigt fühlen; daß das Vertrauen auf die Richtigkeit des ersten Urtheils erschüttert, und eine nochmalige Vorführung und Prüfung des gesammten Beweismateriales nöthig sei. So aufgefaßt, hätte also der Berufungsrichter, soweit es sich um die Thatfrage handelt, nie ein Urtheil in der Sache zu fällen, sondern immer nur die Berufung als unbegründet zurückzuweisen oder ihr insoweit stattzugeben, daß eine nochmalige Verhandlung vor einem Gerichte erster Instanz stattzufinden hat.

Auf diesem Grundgedanken beruht ein Vorschlag zur Umgestaltung des Berufungssystemes, welcher auf Veranlassung des Ministers Freiherrn von Pratobevera (im Juli und August 1861) einer eingehenden Berathung unterzogen worden ist.

Der Vorschlag wird durch folgende Bestimmungen charakterisirt:

„Die Berufung wegen des Ausspruches über die Thatsachen ist lediglich auf Einwirkung einer wiederholten Hauptverhandlung vor einem Gerichte erster Instanz gerichtet. Sie kann ergriffen werden:

a) sowohl vom Staatsanwalt als von dem Angeklagten wegen vorliegender Richtigkeitsgründe;

b) vom Angeklagten auch dann, wenn er neue erhebliche Thatsachen oder Beweismittel anzuzeigen, oder sonst darzuthun vermag, daß

gegen die Richtigkeit der in erster Instanz erfolgten Feststellung der Thatsachen wesentliche Bedenken obwalten."

Aus dem oben unter b) angegebenen Grunde, soll die Wiederholung der Hauptverhandlung nur durch einen einstimmigen Beschluß der Berufungsbehörde angeordnet werden können. Gegen die bei wiederholter Hauptverhandlung erfolgende Feststellung der Thatsachen, soll, wenn sie mit dem früheren Ausspruche übereinstimmt, ein Rechtsmittel nicht mehr ergriffen werden können.

Durch die Annahme eines solchen Vorschlages würden jedenfalls die wichtigsten und entscheidendsten Bedenken gegen die Berufung behoben. Der Berufungsbehörde würde eine deutlich bezeichnete, genau begränzte Aufgabe gestellt; das Definitiverkenntniß müßte immer auf vollständiger Sachkenntniß und auf einen formell unanfechtbaren Verfahren beruhen; die Berufungsbehörde hätte weder Zeugen, noch Sachverständige, noch den Angeschuldigten abzuhören, und die wiederholte Hauptverhandlung, wenn eine solche nöthig ist, fände bei einem näher gelegenen Gericht, daher mit einem geringeren Aufwande von Zeit und Kosten statt.

Immerhin aber brächte dieser Plan eine neue Erschwerung und Complicirung des Verfahrens insoferne mit sich, als die Wiederholung der Hauptverhandlung an sich beschwerlich genug, nur zu einem Erkenntniß führen kann, welches seinerseits der Berufung unterworfen ist, so daß die Möglichkeit einer dritten Wiederholung der Hauptverhandlung wenigstens nicht ausgeschlossen ist. Indeß würde durch die oben bezeichneten Einschränkungen die Zahl der Fälle, in welchen die Hauptverhandlung überhaupt wiederholt wird, wesentlich vermindert, die Möglichkeit aber, daß eine nochmalige Wiederholung stattfindet, fast unabsehbar hinausgerückt werden. Man darf sich überhaupt die Zahl der Fälle, in welchen eine wiederholte Hauptverhandlung zu erwarten ist, nicht allzu groß denken. Es fehlt hiefür allerdings an vollkommen bestimmten Anhaltspunkten; allein eine annähernde Vergleichung gestattet eine Rubrik der statistischen Ausweise über die Berufungen, wie sie nach der St. P. O. vom Jahre 1850 stattfanden, jene nämlich, welche nachweist, wie oft in zweiter Instanz ein neues Beweisverfahren stattfand. Die Vergleichung kann wie gesagt, wegen der Verschiedenheit der Voraussetzungen nur eine annähernde sein; allein im Allgemeinen wird man annehmen dürfen, daß die von einem Richtigkeitsgrunde

oder einem einstimmigen Beschluß der Berufungsbehörde abhängige Anordnung einer wiederholten Hauptverhandlung kaum öfter vorkommen würde, als die Vorladung einzelner Zeugen u. s. w. vor die Berufungsbehörde. Nun ergibt sich aber aus statistischen Berichten über die Jahre 1850 und 1851 Nachstehendes:

Im Königreich Böhmen kamen in diesen zwei Jahren 447 Berufungen wegen Verbrechen oder Vergehen vor; in 52 Fällen fand ein neues Beweisverfahren statt, (Verhältnißzahl: über 11%). Im Sprengel des oberlandesgerichtlichen Senates in Trient kommen auf 183 Berufungen dieser Art, 8 Fälle eines neuen Beweisverfahrens (etwas über 4%); in Nordtirol im Jahre 1851 auf 96 Berufungen nur 1 Fall. Im Oberlandesgerichtssprengel Triest kamen 1850 und 1851 auf 126 Berufungen 1 Fall ($^4/_5$%); in Krain unter 127 Berufungen 1 Fall. In Kärnten kamen 35 solche Berufungen vor, ohne daß ein neues Beweisverfahren stattfand.

So beträchtlich diese Zahlen untereinander divergiren — darin kommen sie doch überein, daß ein neues Beweisverfahren nur selten nöthig gefunden wurde, und daß sie zur Annahme berechtigen, es werde auch eine wiederhohlte Hauptverhandlung nicht allzuoft nöthig werden.

Um nun weiter beurtheilen zu können, wie oft etwa die Möglichkeit einer zweiten Wiederholung der Hauptverhandlung eintreten dürfte, braucht man nur die verschiedenen sich darbietenden Eventualitäten ins Auge zu fassen. Diese sind:

I. Der Verurtheilte ergreift die Berufung;

1. bei der zweiten Verhandlung wird er abermals verurtheilt; in diesem Falle ist die Möglichkeit einer nochmaligen Berufung quoad factum ausgeschlossen;

2. er wird bei der zweiten Verhandlung freigesprochen; hier steht zwar dem Staatsanwalte die neuerliche Berufung offen, allein nur, wenn Nichtigkeitsgründe vorliegen.

II. Der Staatsanwalt ergreift die Berufung; in Folge dessen wird

1. der Angeklagte abermals freigesprochen, was jeder Berufung ein Ende macht; oder er wird

2. verurtheilt, wobei ihm allerdings die Berufung nicht versagt werden kann.

Uebersieht man diese Eventualitäten, so zeigt sich, daß eine zweite

Berufung quoad factum und in Folge derselben möglicherweise eine dritte Verhandlung nur dann stattfinden könne,

a) wenn bei der ersten Verhandlung eine Nichtigkeit begangen, und bei der zweiten Verhandlung der früher freigesprochene Angeklagte verurtheilt wird, oder wenn

b) die Nichtigkeit bei der zweiten Verhandlung begangen und bei dieser der früher verurtheilte Angeklagte freigesprochen wird.

Zwei Eventualitäten die schon deßhalb nur selten eintreten können, weil jede derselben eine Nichtigkeit, die zweite aber überdies entweder einen einstimmigen Ausspruch der Berufungsbehörde oder eine wiederholte Nichtigkeit voraussetzt.

Bei der Berathung dieses Vorschlages wurden jedoch die beiden früher angegebenen Beschränkungen (Beschränkung des Staatsanwaltes auf Nichtigkeitsgründe, Erforderniß der Einstimmigkeit) beseitigt, und dadurch ward die Zahl der Fälle, in welchen eine zweite und selbst eine dritte Verhandlung nöthig werden könnte, allerdings beträchtlich vermehrt.

Es kann aber nicht verkannt werden, daß die Durchführbarkeit des hier behandelten Vorschlages vor Allem davon abhängt, daß dagegen wirksam vorgesorgt werde. Es sei daher gestattet, hier kurz auszuführen, wie jene beiden Beschränkungen, unentbehrlich wie sie hier sind, auch innerlich gar wohl gerechtfertigt werden können.

Man muß dabei nur den Ausgangspunkt dieser ganzen Erörterung nicht aus dem Auge verlieren. Das französische Berufungssystem ist als unhaltbar erkannt; innere und äußere Gründe sprechen so laut dagegen, daß die Eventualität einer gänzlichen Beseitigung jeder Berufung — soweit sie die Thatfrage betrifft — entschieden in's Auge gefaßt werden muß. Die Frage kann also eben nur sein, ob es nicht angehe, die Berufung für jene Fälle, wo sie am wenigsten entbehrt werden kann, wo sie am ehesten vermißt würde, zu retten und sie zugleich für diese wirksamer zu machen — indem man sie eben in anderen minder wichtigen Fällen ausschließt.

Was nun zunächst das Berufungsrecht der Staatsanwaltschaft betrifft, so muß es namentlich von diesem Standpunkt aus beurtheilt werden. Es handelt sich heute fast nicht mehr um die Frage, ob die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen eine Freisprechung aus factischen Gründen fortbestehen müsse, sondern nur darum, ob mit ihr

auch die Berufung des Angeklagten fallen solle oder nicht. Aller Orten sieht man die Jury als eine Begünstigung des Angeklagten an; dennoch beruhigt man sich dabei, daß die Freisprechung (abgesehen von Nichtigkeitsgründen) sofort in Rechtskraft übergehe. Was hier entbehrt werden kann, ist gewiß noch eher bei dem Ausspruch von Staatsrichtern zu entbehren; wie denn auch eine solche Einrichtung in so vielen Ländern besteht, und die Beseitigung der Berufung nur in soferne Bedenken erregt, als dem Angeklagten eine Garantie entgeht. Besteht ja die Hauptfrage, welche hier eben jetzt zu erörtern ist, gerade darin: welche Einrichtungen in jenen Ländern, wo die Jury nicht eingeführt wird, dieselbe dem Angeklagten ersetzen sollen?

Nicht also, ob die Berufung der Staatsanwaltschaft (quoad factum) überhaupt nöthig sei, ist die Frage, sondern ob sie durch Consequenz geboten sei, sobald dem Angeklagten dieses Recht eingeräumt wird? Diese Frage muß aber verneint werden, und zwar sowohl dann, wenn die Aenderung des Urtheils auf Grund derselben, als auch, wenn sie auf Grund neuer Beweismittel begehrt wird.

Im ersten Falle muß nicht übersehen werden, daß sich, was das Resultat der Beweisführung betrifft, Anklage und Vertheidigung nicht gleich gegenüberstehen. Der ersteren kann nur Gewißheit zu statten kommen, der letzteren genügt es, daß die Sache zweifelhaft bleibt. Wenn aber ein Angeklagter nach einem ordnungsmäßigen Verfahren freigesprochen ist, so können sich zwar andere Richter finden, welche ihn verurtheilen; allein wenn dies nicht auf Grund neuer Beweise geschieht, so ist durch den späteren Ausspruch eben nur dargethan, daß über das Resultat der Beweisführung Meinungsverschiedenheit bestehe, d. h. daß es zweifelhaft sei, und damit allein schon rechtfertigt es sich, daß der Angeklagte nicht gestraft wird.

Anders freilich, wenn neue Beweise angeboten werden. Hier kann man auch der Staatsanwaltschaft das Recht nicht bestreiten, das frühere Urtheil anzufechten; allein ihr genügt in diesem Falle der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, während er dem Angeklagten, weil er keine aufschiebende Wirkung hat, nicht genügt.

Es ist also nicht nothwendig, daß hinsichtlich des Ausspruches über die Thatsachen Staatsanwalt und Angeklagter einander gleichstehen.

Wird nun aber der Angeklagte vor dem Staatsanwalt dadurch begünstigt, daß ihm die Berufung auch aus anderen als aus Nichtig-

keitsgründen eingeräumt wird, so läßt es sich auch rechtfertigen, daß dieses Recht auf jene Fälle eingeschränkt wird, wo ein wirkliches Bedürfniß besteht, d. h. wo erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der ersten Entscheidung sich herausstellen. Da es nun aber keinen inneren Maßstab für solche Bedenken gibt, so bedurfte es eines äußerlichen. Ein solches findet sich aber nur in dem Stimmenverhältniß der Richter. Die einfache absolute Mehrheit kann hier schon deßhalb nicht ausreichen, weil es nothwendig ist, der für die Richtigkeit des ersten Urtheils sprechenden Vermuthung einen objectiven Ausdruck zu geben; weil es ferner sich sonst zutragen könnte, daß der in erster Instanz von 3 Richtern einstimmig gefällte Ausspruch auch in der zweiten Instanz noch 2 Stimmen unter 5 für sich hat, und daß somit das Urtheil umgestoßen wird, obgleich 5 unter 8 Stimmen sich für dasselbe erklärt haben. Sollten indeß gegen das Erforderniß der Einstimmigkeit unüberwindliche Bedenken bestehen, so müßte doch wenigstens eine eminente Majorität (4 unter 5 Stimmen) gefordert werden.

Außer der Rückkehr zu den eben erwähnten Einschränkungen der Berufung bieten sich übrigens noch andere Mittel, um zu bewirken, daß die Wiederholung der Hauptverhandlung nicht eine allzugroße Complication des Verfahrens nach sich ziehe. Eines dieser Mittel ist bereits bei den erwähnten Berathungen in Vorschlag gebracht und angenommen worden. Es besteht darin, daß die Berufungsbehörde in gewissen Fällen die wiederholte Hauptverhandlung selbst vornimmt. Diese Einrichtung hat zwar den Nachtheil, daß das Verfahren sehr ungleichförmig und schwankend wird, und daß mitunter Zeugen, Sachverständige und der Angeschuldigte eine größere Entfernung zurückzulegen haben; allein sie bietet den Vortheil, daß gegen den Ausspruch der Berufungsbehörde kein anderes Rechtsmittel als das der Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof offen gelassen zu werden braucht. Es scheint aber, daß dieser Vortheil auf eine andere, einfachere, gleichförmigere, alle jene Nachtheile vermeidende Weise zu erlangen wäre, wenn man nämlich sich entschließen könnte, den bei der wiederholten Verhandlung ergehenden Ausspruch über die Thatsache für unanfechtbar zu erklären, sofern nicht ein Nichtigkeitsgrund vorliegt.

Selbst dann nämlich, wenn das zweite Erkenntniß mit dem ersten nicht übereinstimmt, hat es doch vor diesem Einiges voraus, nämlich:

1. daß es auf einer wiederholten Prüfung des Beweismateriales be-

ruht, und daß daher Uebereilungen, Mißverständnisse und dergl. weniger zu besorgen sind;

2. daß es indirect auch den Ausspruch der Berufungsbehörde für sich hat; dazu kommt dann

3. daß auch das Berufungssystem der Strafproceß=Ordnung von 1850 den Widerspruch der zwei Erkenntnisse ungelöst läßt, daß jedoch nach diesem Gesetze ein solcher Widerspruch viel häufiger, und namentlich öfter zum Nachtheil des Angeklagten eintreten kann.

Andere Vereinfachungen der Procedur ließen sich durch Einschränkungen der Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof auf die wichtigsten Fälle erreichen.

Indeß dürfte das vorstehend Erörterte genügen, um die Beurtheilung des hier besprochenen Planes in seinen Grundgedanken zu ermöglichen. Für ihn spricht, daß er jene Abhilfe, welche von der Berufung erwartet wird, wirksam und gerade da, wo sie am nöthigsten ist, verschafft und doch in der Regel, in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle, nur eine einfachere, weniger belästigende Procedur zur Folge haben würde, als das Berufungssystem von 1850, und daß er unbedenklich auch auf schwerere Verbrechen angewendet werden kann; gegen ihn, daß in einzelnen Fällen, unter dem Einfluß ungünstiger Zwischenfälle, eine viel größere Complication und Verschleppung des Verfahrens eintreten kann, als nach der St. P. O. von 1850. Doch ist in letzterer Beziehung zu bemerken, daß im Wesentlichen dieselben Inconvenienzen auch mit der Cassirung eines Erkenntnisses wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten des Verfahrens verbunden seien.

Sollte indeß dieser Vermittlungsvorschlag nicht annehmbar gefunden werden, so bliebe allerdings nichts übrig, als die Beseitigung der Berufung, wenigstens so weit sie gegen den Ausspruch über die Thatsachen gerichtet ist.

II. Bemerkungen über einen neuen Vorschlag zur Regelung der Berufung in Strafsachen.

(29. April 1863.)

Der Gedanke, die Vortheile, welche die Berufung gewährt, sich zu sichern, während doch dasjenige beseitigt wird, was die Berufung als geradezu unhaltbar darstellt, ist bereits im k. k. Justizministerium mit Ernst und Beharrlichkeit verfolgt worden, und hatte einen Vorschlag hervorgerufen, welcher — blos versuchsweise aufgestellt — in verschiedenen Umarbeitungen einer gründlichen Berathung unterzogen wurde.

Aus demselben Gedanken geht nunmehr auch der neueste Vorschlag hervor, welcher im Wesentlichen auf folgenden Hauptpunkten beruht:

1. Beibehaltung der im Entwurfe vorausgesetzten Gerichtsverfassung (d. h. Nichteinführung der Bezirks-Collegialgerichte), wobei jedoch kleinere Sprengel für die erste Instanz, für die die zweite nach Bedarf Appellsenate gewisser Landesgerichte zur Stellvertretung für die Oberlandesgerichte gefordert werden.

2. Ausschließung der Berufung, so weit sie, ohne Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen, auf Abänderung der dem Angeklagten günstigen thatsächlichen Feststellung der ersten Instanz gerichtet ist;

3. Berechtigung der Berufungsbehörde, je nach ihrer Auffassung:

a) den in erster Instanz Verurtheilten sofort freizusprechen; oder

b) vorher einzelne Auskunftspersonen selbst zu vernehmen; oder endlich

c) eine nochmalige Verhandlung in erster Instanz vornehmen zu lassen.

Zu diesen bereits ausgesprochenen Hauptpunkten muß wohl unvermeidlich hinzukommen:

4. Daß die Beschränkung der Berufung hinsichtlich des Strafausmaßes u. s. w., wie sie der Entwurf aufstellt, und das nur unter dieser Voraussetzung passende einfache Verfahren wieder beseitigt werden.

Bei aller Anerkennung der diesem Vorschlage zu Grunde liegenden

Endabsicht muß man sich dennoch gegen denselben aus folgenden Gründen aussprechen:

I. Derselbe ist aus Gründen der Gerichtsorganisation unausführbar. Es ist nämlich einleuchtend, daß die Zahl der von der Staatsanwaltschaft gegen den Ausspruch über die Thatsachen zum Nachtheil des Angeklagten ergriffenen Berufungen niemals beträchtlich in's Gewicht fallen kann. Die mit der Berufung verbundene Geschäftslast müßte also nothwendig dieselbe bleiben, wie nach der Organisation von 1850. Nach dieser bestanden jedoch z. B. im Sprengel des jetzigen österreichischen Oberlandesgerichtes nicht weniger als 7 Appellbehörden in Bezug auf Urtheile wegen Verbrechen und Vergehen. Kann man hoffen, daß ein Oberlandesgericht zur Bewältigung dieser Geschäftslast ausreichen würde? Könnte man dies auch selbst nach der Wiederherstellung des Oberlandesgerichtes in Linz? Könnte man es in Böhmen, wo in den 18 Monaten bis Ende 1851 nicht weniger als 447 Berufungsverhandlungen wegen Verbrechen oder Vergehen vorkamen? Es ist also klar, daß das bedauerliche Auskunftsmittel der Aufstellung einzelner Landesgerichte als Appellgerichte keineswegs auf diese oder jene Provinz beschränkt werden könnte, sondern, daß man genöthigt würde, bei jedem Landesgerichte einen Appellsenat aufzustellen und dann entweder die Bezirkscollegialgerichte wieder einzuführen oder die bedauerliche Einrichtung der Berufung von einer Abtheilung desselben Gerichtes an die andere, eine Einrichtung, welche schon als Ausnahme in den Jahren 1850 u. ff. kaum ertragen wurde, — geradezu zur Regel zu machen.

Aber auch damit wäre nur für die Mittelclasse der strafbaren Handlungen gesorgt, nicht aber für die schweren Verbrechen, wo über dieselben nicht Geschwornengerichte urtheilen. In den Ländern, wo dies der Fall ist, müßte man allerdings eigene Criminalobergerichte mit einem sehr beschränkten Sprengel einsetzen. Es ist aber bekannt genug, wie gering das Vertrauen des Publicums zu solchen einseitigen Strafgerichten ist, und wie wenig tüchtige Richter geneigt sind, sich bei denselben verwenden zu lassen.

II. Das durch den Vorschlag bezweckte Verfahren würde ein über alle Vorstellung complicirtes werden müssen.

Es ist als eine der empfindlichsten Schattenseiten des im Jahre 1850 angenommenen französischen Berufungssystems erkannt worden,

daß dasselbe das Nullitätssystem, den Hauptpfeiler des Verfahrens, in der widersinnigsten oder unehrlichsten Weise untergräbt. Glücklicherweise darf angenommen werden, daß der in Rede stehende Vorschlag hierauf nicht zurückkommen wolle; ja es muß dies angenommen werden, weil sonst die Staatsanwaltschaft in demselben Augenblick, wo ihr die Berufung gegen den Ausspruch über die Thatsachen entzogen wird, auch der Möglichkeit beraubt würde, wesentliche Mängel des Verfahrens mit durchgreifendem Erfolge geltend zu machen, was gewiß nicht beabsichtigt sein kann. Noch weniger kann beabsichtigt sein, die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen auf zwei verschiedene Arten zu regeln, je nachdem sie von der Staatsanwaltschaft oder vom Angeklagten unternommen wird.

Es darf also als feststehend angenommen werden, daß die Geltendmachung von im ersten Verfahren unterlaufenen Nichtigkeiten zunächst bei der Berufungsbehörde stattzufinden hat, daß diese bei Vorhandensein eines formellen Nichtigkeitsgrundes das erste Verfahren aufzuheben, und (sofern sie nicht etwa den Angeklagten sofort freispricht) eine nochmalige Verhandlung in erster Instanz anzuordnen habe.

Es wird weiter hoffentlich angenommen werden dürfen, daß gegen den Ausspruch, welcher über Nichtigkeitsgründe von der Berufungsbehörde ergeht, der Rechtszug an den Cassationshof offen gehalten wird, weil ja sonst die Einheit des materiellen Rechtes und der Procedurformen vollständig blosgestellt wäre.

Als nothwendiges Ergebniß stellt sich heraus, daß alle jene Fragen, welche in den Bereich der Nichtigkeitsbeschwerde fallen, bei der Berufungsbehörde behandelt werden können und müssen, unbeschadet des dem Unterliegenden offen stehenden Rechtes dieselbe Frage auch noch bei dem Cassationshof anhängig zu machen. Der Vorschlag hat also zur Folge, daß bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde dasselbe Geschäft zweimal vor Gerichten höherer Ordnung verhandelt werden muß, während die einmalige Verhandlung vor dem Cassationshof wahrlich jeder Anforderung genügen würde.

Wie groß die Complicationen seien, welche aus dieser Ueberweisung der Nichtigkeitspunkte an eine durchaus überflüssige nur durch die eigentliche Berufung nothwendig gemachte Mittelinstanz herbeigeführt werden, ergibt sich aus Folgendem:

In der einfachsten Strafsache kann der in erster Instanz Unterlie-

gende ganz nach seiner Willkür bewirken, daß auf folgende Geschäfte Zeit und Kraft verwendet werden muß: a) Anmeldung und Ausführung der Berufung; b) Abforderung der Gegenausführung; c) Einbringung dieser Letzteren; d) Vorlegung der Acten an die Berufungsbehörde; e) Studium derselben durch den Staatsanwalt bei dieser Behörde und f) durch den Referenten; g) Nichtöffentliche Berathung; h) Vorladung zur Appellverhandlung; i) Vornahme dieser Verhandlung; k) Mittheilung dieses Urtheils an die erste Instanz; l) Zustellung des Urtheils an die Parteien; m) Anmeldung und Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde; n) Abforderung der Gegenausführung; o) Einbringung derselben; p) Vorlegung der Acten an den Cassationshof (durch die Berufungsbehörde?); q) Actenstudium des Generalprocurators und r) des Referenten; s) Nichtöffentliche Berathung; t) Vorladung zum öffentlichen Gerichtstag; u) Abhaltung der öffentlichen Verhandlung; v) Mittheilung des Cassationserkenntnisses an die Berufungsbehörde; w) an die erste Instanz und x) an die Parteien.

Bedenkt man nun, daß die unter a) bis l) erwähnten Acte in der Regel ganz überflüssig sind und nicht selten sogar nur dazu dienen werden, die später genannten erst nothwendig zu machen: so wird man zugeben müssen, daß es in Zukunft ein einfaches Verfahren und eine rasche Procedur nur da geben könnte, wo Niemand am Gegentheile ein Interesse hat. Man bedenke ferner, daß bisher nur von einem einfachen Falle die Rede war; wie aber, wenn der Ausspruch des Cassationshofes (gleichviel nun ob in Uebereinstimmung mit der Berufungsbehörde oder abweichend von derselben) einen formellen Nichtigkeitsgrund constatirt? Hier steht man am Ende des langen Wegs erst bei der Wiederholung des Verfahrens in erster Instanz und ist keineswegs gegen die Gefahr geschützt, ihn abermals vollständig durchlaufen zu müssen. Man sage nicht, dies liege in der Natur des Nullitätssystems; denn das Nullitätssystem macht keine Mittelinstanz nothwendig, nur die Berufung!

III. Um sich von den innerlichen Schwierigkeiten eine Vorstellung zu machen, welche aus dem unter II. dargelegten Verhältniß erwachsen, denke man nur folgenden gewiß nicht sehr gesuchten Fall: Ein wegen des Verbrechens des Diebstahls Angeklagter wird nur der Uebertretung des Diebstahls schuldig erklärt, weil der Gerichtshof bezüglich einiger angeblich gestohlener Gegenstände sich von der Schuld des Angeklagten nicht überzeugen kann und somit der Betrag von 25 Gulden nicht über-

stiegen scheint. Hiermit unzufrieden macht der Staatsanwalt einen formellen Nichtigkeitsgrund geltend. Andrerseits ergreift der Angeklagte, der die ganze That läugnet, die Berufung. Die Berufungsbehörde ist der Ansicht, daß nach den Materialien, welche der ersten Instanz vorlagen, die Verurtheilung nicht gerechtfertigt war, daß aber auch der vom Staatsanwalt geltend gemachte Nichtigkeitsgrund wirklich vorliege. Wie soll sie entscheiden? Soll sie die an sich begründete Berufung zurückweisen? Oder soll sie auf Grund einer nichtigen Procedur freisprechen?

Andere und noch viel größere innere Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn die Berufung ausschließlich oder nebenbei auch gegen die Qualification, welche die erste Instanz der That beilegte, ergriffen wird; oder wenn die Berufungsbehörde sonst die Thatsachen anders als die erste Instanz auffaßt, ohne daß sich gerade sagen läßt, daß diese Auffassung eine dem Angeklagten ungünstigere sei. Soll sie in all diesen Fällen cassiren müssen, oder soll sie berechtigt sein mit ihren höchst mangelhaften Mitteln sich selbst eine thatsächliche Grundlage für ihr Erkenntniß zu verschaffen?

Ist das letztere der Fall, so wird es überdies nicht selten geschehen, daß solche Erhebungen ganz vergeblich vorgenommen werden, weil der Cassationshof die Rechtsansicht der Berufungsbehörde wieder beseitigt.

Ueberhaupt dient die Aufstellung der Mittelinstanz nur dazu, zur Häufung der Divergenzen in der Qualificationsfrage Anlaß zu geben. Bedenkt man nun, wie bedauerlich es immer ist, wenn die Justiz in ihren einzelnen Organen über Rechtsfragen mit sich im Widerspruch erscheint, so wird man sich sagen müssen, daß eine gute Justizpolitik verlangt, es sollen die Anlässe zu solchen Divergenzen möglichst beschränkt werden. Diesen Gedanken hat der Entwurf sowohl bei der Versetzung in Anklagestand als auch hier an die Spitze gestellt; man könnte es nur beklagen, wenn er aufgegeben würde. Zur Erhöhung des Ansehens der Justiz, worauf doch jetzt mehr als je ankommt, würde es nicht führen!

IV. Jenes Verfahren, welches nach dem Vorschlage da eingehalten werden soll, wo die Berufungsbehörde den thatsächlichen Ausspruch der ersten Instanz prüfen muß, wird den Vorwurf nicht zum Schweigen bringen, daß dabei die Berufungsbehörde sich von Fall zu Fall das Proceßgesetz selbst vorschreibe; auch dieses Verfahren wird nicht selten zu höchst unangenehmen Verschleppungen führen müssen, wie z. B. wenn die Berufungsbehörde meint, sich mit der Vorladung einiger Zeu-

gen zur Berufungsverhandlung begnügen zu können und sich in Folge dessen erst überzeugt, daß eine Wiederholung des ganzen Verfahrens erster Instanz nothwendig sei.

Nicht minder wird die Frage nach dem Umfang, in welchem diese Vorladungen statt finden sollen, eine Quelle fortwährender Verlegenheiten und Streitigkeiten sein, wie sie es nach dem Zeugnisse der Erfahrung in den Jahren 1850 u. ff. war und in anderen deutschen Staaten, wie in Preußen, stets geblieben ist.

Den Berufungsrichtern selbst und dem Publicum wird es übrigens nicht lang entgehen, daß das Wissen der Berufungsbehörde von den Thatsachen, über welche sie ein Urtheil abzugeben hat, nur unverläßliches Stückwerk sein kann. Eine solche Einrichtung aber kann wahrlich weder befriedigen noch beruhigen. Nie und niemals wird man es dem Volke begreiflich machen können, daß die Gesetzgebung selbst das Urtheil des ersten Richters so lange als ein zweifelhaftes behandelt, bis es von einem zweiten Richter bestätigt ist und daß dieser zweite Richter, dessen Ausspruch erst die Zweifel heben und das Ungewisse gewiß machen soll, seine Ueberzeugung aus schlechteren, dem ersten Richter untersagten Quellen schöpfen darf, daß die Art der Prüfung des ersten Urtheils lediglich von seinem Ermessen abhängt, ja daß er sich sogar enthalten kann, den Angeklagten persönlich zu vernehmen.

Jedermann muß sich sagen: Ist das Berufungsverfahren wirklich nothwendig, dann bildet es auch das entscheidendste Moment des Processes und muß von der Gesetzgebung, wenn diese nicht den Vorwurf hinnehmen soll, mit der einen Hand zu nehmen, was sie mit der anderen gibt, mit denselben wenn nicht mit größeren Garantien umgeben werden, wie das Verfahren vor dem ersten Richter. Hält man diese Garantien aber in der zweiten Instanz für entbehrlich, so kann es ja wohl nur die Verläßlichkeit des Verfahrens in erster Instanz, d. h. die Entbehrlichkeit der Berufung selbst sein, was sie entbehrlich macht. Eine Berufungseinrichtung, bei welcher der Angeklagte nicht persönlich vor dem Berufungsrichter erscheinen kann, so oft er es verlangt, bei welcher der Richter nicht alle Zeugen und Sachverständigen vernimmt, deren Ladung der Angeklagte beantragt, wird immer eine halbe Maßregel sein, die, weit entfernt Mißtrauen zu beschwichtigen, demselben vielmehr einen legalen Anhaltspunkt gibt. Andrerseits ist es bekannt und ausführlich nachgewiesen worden, daß das bloße Vorhandensein der

Berufungsinstanz der Procedur in erster Instanz und namentlich der Mündlichkeit in derselben wesentlichen Eintrag thut.

Es wird genügen, darüber eine Bemerkung zu machen: Wenn die Berufungsbehörde, wie vorgeschlagen wird, berechtigt sein soll, gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft, die Verurtheilung in eine Freisprechung umzuwandeln, ohne auch nur einen Zeugen vernommen zu haben, also lediglich auf Grund der Acten, so ist in der That nicht abzusehen, wie ein gewissenhafter Staatsanwalt es wagen sollte, auf die förmliche Voruntersuchung zu verzichten, wie das Gericht selbst sich mit Voruntersuchungsacten begnügen kann, welche zur Vorbereitung der Hauptverhandlung wohl genügen, aber weit davon entfernt sind, ein verläßliches und vollständiges Bild des gesammten Beweismateriales zu geben.

V. Ein letztes, höchst wichtiges Bedenken ergibt sich mit Rücksicht auf die im §. 353 des Entwurfes dem Cassationshofe eingeräumte außerordentliche Befugniß zur Anordnung der Wiederaufnahme, — eine Befugniß, welche neben der hier vorgeschlagenen Berufung beibehalten werden sollte. Wenn es nun auch richtig ist, daß jene Einrichtung keineswegs blos ein Surrogat der Berufung sei, und durch diese nicht ersetzt werden könne: (vgl. Motive z. Entwurf, hier S. 242 ff.) so ist doch einleuchtend, daß beim Vorhandensein einer solchen Einrichtung die Berufung um so leichter entbehrt werden kann, während andrerseits durch die Vereinigung beider Maßregeln die Schutzanstalten für den Angeklagten in einer geradezu beispiellosen Weise gehäuft würden, und dies in einem Lande, welches alle Ursache hat mit seinen Finanzkräften und mit der Arbeitskraft seiner Richter sparsam umzugehen.

Sollte eine solche Complication nothwendig sein? Vermag der Angeklagte Gründe vorzubringen, welche in Verbindung mit den Acten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urtheile zu Grunde liegenden thatsächlichen Annahme erregen, so ist auch vom Cassationshof die Würdigung dieser Bedenken zu gewärtigen. Im entgegengesetzten Falle wird auch die Berufung ohne Vorladung von Zeugen u. s. w. verworfen werden müssen. In der Hauptsache also ist auch dort alles geboten, was durch die Berufung erreicht werden kann, das Einzige etwa ausgenommen, daß nach §. 353 Entw. von der Wiederholung des Verfahrens nur mit Zustimmung des Generalprocurators Umgang ge-

nommen werden kann, während nach dem hier besprochenen Vorschlag die Berufungsbehörde hierin nur einen allzufreien Spielraum hat. Gibt man auch zu, daß mitunter eine theilweise Reproduction des Beweisverfahrens genügen mag, so wird man doch immer noch fragen müssen, ob um dieses geringfügigen Vortheils der Berufung willen es sich rechtfertigen lasse, eine so ungeheure Erschwerung des Verfahrens, einen so großen Aufwand von Geld und Arbeitskraft dem Lande aufzuerlegen, blos damit eine Mittelinstanz eine Reihe von Geschäften vornehme, welche zum überwiegend größeren Theile dem Cassationshofe dennoch nicht erspart werden können.

XXII.

Zur Reform des Civilprocesses.

A.

Prof. Dr. M. Koczynski's Darlegung der Gerichtsverfassung und der französischen Civilproceß-Ordnung in Krakau *).

(Oesterr. Blätter f. Literatur u. Kunst, 15. März 1856.)

Mit Vergnügen begrüßen wir in diesem Buche eine willkommene und anregende Erscheinung. Eine gedrängte und klare Darstellung des französischen Civilverfahrens in und außer Streitsachen füllt eine empfindliche Lücke nicht blos der deutschen, sondern in einem gewissen Sinne auch der französischen Literatur aus. Viel weniger als irgend ein anderes Gesetzbuch ist der Code de procédure für sich allein ausreichend, eine nur einigermaßen klare Einsicht in die von ihm behandelte Materie zu verschaffen, und selbst die besseren zu seiner Erläuterung bestimmten Werke übergehen Vieles, was in Frankreich Jeder aus täglicher Anschauung kennt, was aber, vom Fremden übersehen, die richtige Würdigung des Ganzen hindert. Um so erwünschter ist es, den Gegenstand von einem Manne behandelt zu sehen, der ihn aus eigener Anschauung kennt und seine Darstellung auf Leser berechnet hat, für welche unsere einheimischen Einrichtungen den natürlichen Ausgangspunkt bilden.

Es ist übrigens dem Verfasser nicht um doctrinelle Ausführung, sondern darum zu thun, die Uebersicht über das Ganze möglich zu machen und zu Vergleichen zwischen den von ihm behandelten Proceßeinrichtungen und unseren österreichischen anzuregen; wir entsprechen da-

---

*) Versuch einer systematischen Darlegung ꝛc. Krakau, im Selbstverlag, 1855 (407 und VI S. 8.)

her nur seiner Intention, wenn wir sein Werk zum Anlaß nehmen, die wichtigsten Vergleichungspunkte hier zu beleuchten.

In jenem Hauptpunkte, von welchem Alles abhängt und den man durch das Schlagwort: Verhandlungsmaxime am leichtesten, wenn auch nicht gar zu scharf, bezeichnet, steht die französische Proceßordnung auf der Seite der Josephinischen — dem preußischen Gesetz gegenüber, sie steht also für die selbstständige Bedeutung der Jurisprudenz ein, gegenüber dem Versuche, ihr den Boden eigenthümlichen Wirkens zu entziehen. Damit ist der Gegensatz keineswegs zu schroff gefaßt; denn um nichts Geringeres handelt es sich, wenn die Stellung des Richters zu den Parteien so bestimmt wird, wie dies in Preußen versucht und zum Theil auch durchgeführt ward. Gegenüber den vielen Angriffen, die zu allen Zeiten wider die Existenzberechtigung der Jurisprudenz geführt wurden, gegenüber den Versuchen, im Namen des gesunden Menschenverstandes, der Billigkeit, aprioristisch gewonnener Vernunftgebote das Spezifisch-Juristische in ein Allgemeinmenschliches aufzulösen, hat die Jurisprudenz kein Argument; sie kann nur auf die Thatsache hinweisen, daß sie selbst einem allgemein-menschlichen Bedürfniß entspricht, auf die Thatsache, daß jene Auflösung noch nirgend ausführbar gefunden wurde. Wenn dagegen — und das geschieht häufiger — gegen sie der Vorwurf erhoben wird, daß sie des Zweckes über die Mittel vergesse, daß sie wie keine andere Wissenschaft von einem Stoff abhänge, der überall vom Veränderlichen, Willkürlichen und Zufälligen bedingt sei und daß sie dennoch auf Selbstständigkeit Anspruch mache, während es doch nur darauf ankomme, daß sie ihre Aufgabe löse, nicht wie sie das bewirke; wenn ihr endlich vorgeworfen wird, daß sie nur Aeußerliches verarbeitend, unproduktiv geblieben ist: so hat sie auf alles das eine Antwort — sie weist auf den Proceß, der ihre Schöpfung ist, ihr Beitrag zum gemeinsamen Schatz menschlicher Leistungen. Daß die Jurisprudenz im Proceß zuerst die Form für die Gewinnung historischer Wahrheit, für die regelmäßige Constatirung von Thatsachen gefunden — lange ehe es eine historische Kritik gab und ehe die Naturwissenschaften jene Beobachtungen begannen, denen sie allein ihre glänzenden Erfolge verdanken; daß es vielleicht kein zufälliges Zusammentreffen ist, wenn wir Baco, den Mann, der all diesen Erfolgen die Bahn brach, an der Spitze der Gerichte desjenigen Landes sehen, dessen juristische Kräfte fast alle auf die Ausbildung des Law of evidence gespannt sind

— das Alles gibt dem juristischen Proceß eine über seinen nächsten Zweck noch hinausgehende Bedeutung. Die Art aber, wie er diesen nächsten Zweck selbst erreicht, beweist mehr für die Berechtigung selbstständiger juristischer Auffassung als irgend etwas Anderes.

Zu allen Zeiten, unter allen Umständen wird der Mensch, wenn er von der Richtigkeit gewisser Thatsachen sich überzeugen will, das beste Resultat von freier, allumfassender Prüfung erwarten, davon, daß ihm gegönnt wird, nach eigener Einsicht den Weg zu suchen, der ihn zur Wahrheit führt; aber zu allen Zeiten, unter allen Umständen, unter welchen ein einigermaßen geordneter Rechtszustand erkennbar ist, hat man dem Mann, der über die einem Rechtsstreit zu Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, diese Freiheit versagt; man hat ihn an Formen gebunden, man hat ihm den Weg von vornherein bezeichnet, auf welchem allein er die Wahrheit zu sich gelangen lassen darf. Man hat das Geschäft der Nachforschung getrennt von der Würdigung des Erforschten — das was Eifer fordert, von dem, was ruhige Ueberlegung verlangt. Die juristische Methode, Thatsachen zu constatiren, erwartet also das beste, weil das verläßlichste Resultat von dem ungehemmten aber gleichmäßig geregelten Walten zweier Gegensätze unter den Augen eines unbefangenen Dritten. Ihre Resultate werden selten glänzende sein; aber glänzendere wären nur mit Gefährdung der Rechte Aller zu erlangen. Die Formen des juristischen Processes sind eben geboten durch dasselbe tief in der menschlichen Natur gegründete Bedürfniß, das für alles äußere Handeln des Menschen unverrückbare Normen fordert. Diese Formen sind gar oft hemmend, sie erscheinen gar oft im einzelnen Fall als minder zweckmäßig; aber sie allein vermögen es, die Anerkennung eines Rechtes von der zufälligen Beschaffenheit des Richters möglichst unabhängig zn machen; sie sind wie Montesquieu sagt, der Preis, den jeder für seine Freiheit zahlt. Gewiß gilt es nun, dafür zu sorgen, daß sie sich dem veränderlichen Inhalt des Lebens anpassen, ohne die Unverrückbarkeit der Rechtsnorm, auf der sie beruhen, zu stören; Recht und Zweckmäßigkeit in Einklang zu bringen, und den Widerspruch zwischen der formellen Wahrheit und der des gemeinen Lebens nicht aufkommen zu lassen. Aber dies darf eben nicht dadurch geschehen, daß der Proceß seine spezifisch-juristische Natur verläugnet; und er verläugnet sie, sobald die Herbeischaffung des Proceßmaterials nicht von dem Interesse und der Thätigkeit der Parteien, sondern von der Geschicklichkeit und

den Ideengängen des Richters abhängen soll. Gerade in diesem wichtigen Punkte nun steht der französische Proceß musterhaft da. Unsere Josephinische Gerichtsordnung verdankt es gewiß nicht bloßem Zufall, daß sie alle gleichzeitigen Produkte legislativer Thätigkeit überlebt hat. Vor allen zeichnet sie sich aus durch musterhafte Kürze, für welche doch weder durch Undeutlichkeit, noch dadurch gezahlt wird, daß das Schicksal wichtiger Details dem Zufall preisgegeben ist, durch entschiedenes Durchgreifen neben vorsichtiger Anknüpfung an das Hergebrachte und durch sorgfältige Berücksichtigung der gegebenen Umstände. Allein man kann sich doch nicht verhehlen, daß sie in Bezug auf diese Cardinalfrage in dem, was sie als die Regel hinstellt, gar zu formstreng ist, andererseits aber mit dem sogenannten mündlichen Verfahren nicht sowohl der entgegengesetzten Anschauungsweise als den localen Verhältnissen eine Conzession macht, die an sich nicht bedeutend, doch immer weiter geführt hat.

Allgemein anerkannt ist, daß der Nerv des französischen Processes in der Unmittelbarkeit (Mündlichkeit) des Erkennntnißverfahrens liegt. Wir stimmen dem, was der Verfasser über den Werth der Unmittelbarkeit sagt, von Herzen bei. Seitdem die Mündlichkeit im österreichischen Strafproceß festen Fuß gefaßt hat, ist man übrigens auf eine Seite der Sache aufmerksam gemacht worden, die noch immer zu wenig Beachtung gefunden hat. Von dem Werth der Unmittelbarkeit für die Lösung der Thatfrage hat man viel gesprochen; erst jetzt hat man auch gesehen, daß die Beleuchtung der Rechtsfrage durch sie sehr viel gewinnt. Der Standpunkt, den die Josephinische Gerichtsordnung einnimmt, die die Rechtsdeduction höchstens duldet, im Uebrigen aber unbedingtes Vertrauen auf den Satz: Jus novit curia, fordert, ist ohnehin nie ganz haltbar gewesen. — Aber auch wer für die Mündlichkeit sich aussprechen zu müssen glaubte, empfindet Angesichts der fabelhaften Raschheit, mit welcher in Frankreich die entscheidungsreifen Sachen in den Audienzen abgethan werden, oft eine Art von Schwindel; die Besorgniß, daß Oberflächlichkeit, unklare Anschauung der Sachlage bei dieser Raschheit nicht zu vermeiden sind, verschwindet in der That nicht eher, als bis man sich den ganzen Mechanismus des Geschäftsganges klar gemacht hat. Und gerade hierin wird man durch vorliegendes Buch auf's wirksamste unterstützt. Sieht man, wie in den Conclusionen, welche die Anwälte überreichen, der Stand des Streites auf's schärfste bezeichnet wird; wie der Vortrag der wohlunterrichteten Ad=

vokaten sich darauf beschränken kann, die Sache in ihren einfachsten Verhältnissen darzustellen, weil sich dasjenige leicht nachholen läßt, was man für unwichtig hielt, und was erst durch den Vortrag des Gegners, etwa durch eine Andeutung des Gerichtes Bedeutung erlangte, so wird man es um so leichter für möglich halten, daß eine solche Verhandlung in kurzer Zeit klare Einsicht in die Sachlage gibt, wenn man bedenkt, daß auf den actenmäßigen Vortrag in unserem schriftlichen Verfahren kaum auch nur so viel Zeit entfällt, daß also auch hier die Richter sehr rasch sich orientiren müssen, und dabei vor einseitiger Auffassung viel weniger Schutz finden.

Um die französische Mündlichkeit ganz zu begreifen, muß man aber einen anderen Hauptpunkt nicht aus den Augen verlieren — die Ausschließung der Eventualmaxime. Allerdings ist es auf den ersten Blick empörend, daß jemand berechtigt sein soll, seine Sache systematisch mit formellen und materiellen Schwierigkeiten aller Art, wie mit hintereinanderstehenden Wällen zu umgeben, daß er so den Gegner nöthigen kann, um jede mehr oder weniger frivole Einwendung, um jeden schwachen Beweisversuch einen Proceß zu führen, und es muß freilich eine solche Licenz geradezu zur Lähmung aller Justiz führen, wenn sie mit dem schriftlichen Proceß verbunden ist, der für Großes und Kleines nur Ein Maß hat. Allein der Schutz, den man gegen solches Verfahren in der Eventualmaxime gesucht hat, ist theuer bezahlt worden. Ist man ohne sie argem Mißbrauch ausgesetzt, so kann man, wo sie gilt, auch beim besten Willen, einfach zu bleiben, im einfachsten, gewöhnlichsten Falle den drückendsten Uebelständen sich nicht entziehen. Beweisanerbietungen, zum Theil selbst Beweisführungen über Dinge, die vielleicht niemand bestreitet, directer Beweis und Gegenbeweis, Einwendungen aller Art, Streit über Thatsachen, Streit über Rechtsanschauungen, bei uns noch combinirt mit verneinender Wiederanführung aller Behauptungen des Gegners, das Alles drängt sich in denselben Streitschriften zusammen; die Klarheit und Uebersichtlichkeit geht verloren, und an Raschheit wird zuletzt, wie die Erfahrung zeigt, wenig gewonnen. Der Unterschied besteht eigentlich nur darin, daß unter der Herrschaft der Eventualmaxime mit dem Wichtigen und Entscheidenden das Unwichtige und Unentscheidende in gleicher Breite verhandelt werden muß, während sonst das Eingehen auf die Hauptsache erspart werden kann, sobald die Lösung einer Vorfrage schon die Sache zur Entscheidung bringt.

Der beste, redlichste Anwalt wird den Muth der Einfachheit nicht haben, wo er sich der Gefahr ausgesetzt sieht, Alles zu verlieren, sobald seine Berechnungen über die Wirksamkeit eines Proceßmittels fehlschlugen. Mit einem Wort, das französische Verfahren gestattet (mit sehr beträchtlichen, den gröbsten Mißbrauch doch ausschließenden Einschränkungen) den Parteien, eine Trennung der zu entscheidenden Fragen, die es ihnen möglich macht, unnöthigen Apparat zu sparen, und die den Gerichten den Vortheil verschafft, daß das Streitobjekt immer leicht zu übersehen ist. Freilich ist es dabei der Schikane erreichbar, eine Sache von Audienz zu Audienz zu schleppen, die bequem in einer abgethan werden könnte; allein auf der anderen Seite verdoppelt die Eventualmaxime selbst wo kein Theil an Schikane denkt, die Arbeit des Processes und indem sie selbst zu Vorgängen zwingt, die ohne ihre Sanction, sich kaum Jemand erlauben würde, führt sie in ihrer gewöhnlichen Wirksamkeit Uebelstände herbei, wie sie im französischen Proceß nur bei argem Mißbrauch denkbar sind.

Freilich hängen Mündlichkeit und Ausschließung der Eventualmaxime innig zusammen; erstere ist ohne letztere kaum durchführbar, und selbst die Beschränkung der Eventualmaxime ist allerdings kaum erträglich, wenn die Entscheidung über Vorfragen nicht rasch in wahrhaft mündlicher Verhandlung erwirkt werden kann. Mit Unrecht bringt man dagegen (wie auch der Verfasser S. 104 thut) die Ausschließung des Zeugenbeweises in ein ähnliches Verhältniß zur Mündlichkeit. Die Art, wie der Zeugenbeweis im französischen Recht behandelt wird, ist (abgesehen von den historisch-nationalen Rücksichten, welche hiebei in Frankreich wirksam sind) geradezu monströs. Er wird ausgeschlossen aus Gründen, die mit seiner Natur nichts gemein haben, ja aus Gründen, in denen sich die schroffste Willkür ausspricht (man sehe Art. 1343—1345 des Code Napoléon); er wird wieder zugelassen aus Gründen, von denen fast dasselbe gilt; ja die Ausnahme, die zu seinen Gunsten gemacht wird, ist nichtsweniger als eine solche (s. Art. 1347 und 1348 daselbst). Wo er zugelassen wird, ist er an Beschränkungen, an Formalitäten gebunden, die von der Mißgunst, mit welcher dieses Beweismittel behandelt wird, nur zu deutlich Zeugniß geben. Das erkennende Gericht, das die Parteien vernehmen kann, darf das Zeugenverhör nicht unmittelbar vornehmen! Wenn diese systematische Verdrängung des Zeugenbeweises damit erklärt wird, daß die Parteien zur Errichtung

schriftlicher Verträge gezwungen werden sollen, so kann man dies wenigstens als theilweise genügend ansehen. Unbegreiflich ist aber, daß man Angesichts des englischen Beispiels, Angesichts der täglichen Erfahrungen im Criminalproceß, noch immer zu der Behauptung seine Zuflucht nimmt, die Mündlichkeit könne nur gedeihen, wo kein Zeugenbeweis zugelassen wird!

Unbedingt gebührt, was die Behandlung des Zeugenbeweises betrifft, dem österreichischen Gesetz der Vorzug vor dem französischen, besonders, wenn die Verbesserungen, welche in dieser Beziehung die ungarisch-siebenbürgischen Civilproceßordnungen begründeten, weiter geführt werden. Nimmt man dagegen das Beweissystem als Ganzes, so treten doch die Vorzüge des französischen Rechts wieder entschieden hervor. Die Josephinische Gerichtsordnung liegt zu nahe bei einer Zeit, in welcher der Criminalproceß jene Fortschritte noch nicht gemacht hatte, zu denen die Aufhebung der Tortur ihn gezwungen hat, als daß sie nicht einen allzu strengen Formalismus einhalten sollte. So gewiß es ist, daß die Beweisführung geregelt werden muß, so gewiß ist, daß man möglichst vermeiden muß, den Erfolg derselben, die richterliche Ueberzeugung, im Voraus abzumessen. Das französische Recht kennt den Begriff des vollen Beweises nicht; es stellt (aufgetragene Eide ausgenommen) die Würdigung der vorgebrachten Beweismittel dem Richter anheim. Le pouvoir discrétionnaire du juge pour l'apprécation des moyens de preuve, sagt darüber Rauter, doit s'éxercer de manière qu'en son âme et conscience il puisse se dire, que tout homme raisonnable et éclairé aurait à sa place apprécié ces moyens comme lui. Eben deßhalb ist dem Richter auch gestattet, einfache Vermuthungen zu berücksichtigen, sofern sie wichtig, bestimmt und unter einander in Einklang sind; so gewinnt der französische Civilproceß das, was dem Strafproceß der Indicienbeweis ist, und wir glauben, daß er damit sehr viel gewinnt.

Eine andere Eigenthümlichkeit des französischen Processes, die auch aus vorliegendem Buch nicht deutlich genug hervortritt, ist die Stellung des Richters beim Definitiverkenntniß. Obgleich der erkennende Richter auf die Instruction der Sache keinen unmittelbaren (höchstens aufklärenden und ergänzenden) Einfluß übt, sondern ganz von der Thätigkeit der Parteien bestimmt wird; obgleich sogar der dem Urtheil und dessen Entscheidungsgründen zu Grunde liegende Status causae et contro-

versiae nicht von ihm festgestellt wird; bemerkt dennoch Jeder, der den Geschäftsgang französischer Gerichte aufmerksam beobachtet hat, große Ungebundenheit derselben in Bezug auf das Verhältniß zwischen Urtheil und Begehren. Allerdings sind sie an das Begehren der Parteien gebunden, aber nicht in der Weise, daß sie entweder dem Begehren der Einen oder der Anderen geradezu stattgeben müßten; auch in Fällen, wo der Streitgegenstand eine eigentliche Theilung nicht zuläßt, erkennen sie oft auf ein zwischen den Forderungen des Klägers und des Geklagten in der Mitte Liegendes, — was z. B. bei Entschädigungsprocessen fast täglich geschieht. Dies setzt sie in die Lage, Urtheile zu vermeiden, welche mit dem ungebührlich Geforderten auch das absprechen, was wirklich hätte verlangt werden können, und auf das klar vorliegende Rechtsverhältniß die entsprechende Rechtsregel anzuwenden, gleichviel ob die Partei diese angerufen hat oder nicht; vielfach gebunden in Bezug auf die Herbeischaffung des Materials, genießt somit der französische Richter der wünschenswerthen Freiheit bei Würdigung desselben.

In das Lob, welches der Verfasser dem französischen System der Rechtsmittel zollt, können wir dagegen nicht einstimmen. Vor allem erscheint die Mannigfaltigkeit derselben als nicht eben heilsam, und gewiß nur in speziell französischen Verhältnissen gegründet; nur eines unter den fremden Rechtsmitteln scheint einem überall wiederkehrenden Bedürfnisse zu entsprechen, wir meinen die tierce-opposition; denn wie fest man auch an der Regel hält, daß das Urtheil nur für die Streittheile Bedeutung habe, läßt sich es doch nicht vermeiden, daß es in nachhaltiger Weise in die Rechte Dritter eingreift; was in Frankreich dadurch bezeichnet wird, daß es, so lange es nicht durch die tierce-opposition angefochten wird, eine einfache Vermuthung gegen Alle begründet. Der Instanzenzug selbst scheint uns in Frankreich nichtsweniger als glücklich geregelt. Wir müssen uns indeß darauf beschränken, zwei hier einschlagende Fragen zur Sprache zu bringen: die Zulassung neuer Thatsachen, Beweis- und Rechtsmittel in zweiter Instanz und die Stellung des Cassationshofes. Die erste Frage reduzirt sich in der That darauf, ob man zwei Instanzen für nöthig hält, oder sich mit einer begnügen zu können glaubt? Wer das Urtheil eines Gerichtes nicht verläßlich genug findet, muß darauf bestehen, daß dem Richter zweiter Instanz genau dasselbe Material vorliegt, wie dem der ersten; das Verhältniß zwischen diesem Materiale und dem

richterlichen Ausspruch soll noch einmal geprüft werden, die Bestätigung des ersten Urtheils ist nur die Erklärung, daß dieses Verhältniß richtig sei, und das Beruhigende liegt eben in dieser Uebereinstimmung Zweier in derselben Behauptung. Das Alles hört auf, sobald das Material in zweiter Instanz ein anderes wird; das zweite Urtheil ist dann, gleichviel ob es bestätige oder abändere, ein neues, und statt jener Garantien, welche dort in der Natur der Sache liegen, findet man hier nur solche, welche die größere Verläßlichkeit des zweiten Richters bieten mag. In dieser letzteren Weise faßte aber das französische Recht die Sache, darauf deutet schon der Gegensatz der Ausdrücke: Jugement und arrêt und die Ausschließung der dritten Instanz. Niemand braucht sich bei der Verfügung des Tribunals erster Instanz zu beruhigen; jeder kann Abhilfe beim Appelhofe suchen, auch wenn er selbst jenes Tribunal außer Stand setzte, richtig zu urtheilen. Er kann in zweiter Instanz neue Thatsachen vorbringen, neue Beweismittel produziren (sofern in dieser Beziehung nicht bereits rechtskräftige Präclusion eingetreten ist); mit einem Wort, die Verhandlung in zweiter Instanz kann den Richtern die Sache in ganz neuer Gestalt zeigen. So kann man denn eigentlich ohne Nachtheil die Durchführung des Processes in erster Instanz absichtlich unterlassen, und durch wohlberechnete Zurückhaltung von Proceßmitteln den Gegner um den Vortheil bringen, diese letzteren zweimal prüfen zu lassen; dadurch sinkt das Verfahren erster Instanz zu einer Art von Compromiß herab; und in der That hat die ganze Einrichtung nur den Sinn, daß eben in allen die Appellation zulassenden Sachen der Appellhof als das wahre ordentliche Gericht angesehen wird. Das entspricht denn allerdings auch jener Stellung, welche die französischen Parlamente für sich in Anspruch genommen haben, und die man aus der Proceßlehre ganz fremden Gründen den Cours Impériales theilweise wiedergab. Es mag daher in Frankreich weder gewünscht werden, noch leicht sein, hieran etwas zu ändern. Das sollte aber auch nicht hindern, die großen Uebelstände, die mit einer solchen Einrichtung verbunden sind, zu erkennen: die Versuchung zur Verschleppung von Processen, die Häufung der Appellationen, das Störende eines unausgleichbaren Widerspruches zwischen zwei Urtheilen. Zu dem allen kommt noch, daß auf diese Art auch der Appellat genöthigt wird, in größerer Entfernung Proceß zu führen, da ja doch das Verfahren in zweiter Instanz ein ganz neues sein kann, endlich daß die Mühseligkei=

ten und Schwierigkeiten geradezu unüberwindlich werden müßten, wenn man irgendwo das französische Instanzenverhältniß nachahmen wollte, ohne die ausdrücklich eingestandene Beschränkung und die künstliche Unterdrückung der enquêtes mit herüber zu nehmen, also Zeugenverhöre am Sitz der Appellgerichte vorzunehmen hätte.

Die Stellung und Wirksamkeit des französischen Cassationshofes hat auch in Civilsachen viel Imposantes, und es ist begreiflich, daß manches Wort der Bewunderung über sie gefallen ist; daß man aber solche Worte nur mit großer Vorsicht aufnehmen darf, beweist schon der Umstand, daß der Verfasser (S. 212) zu diesen Bewunderern auch Feuerbach zählt, der doch gerade in der Hauptsache mit der französischen Einrichtung nicht einverstanden ist. Wir wollen damit nicht die scharfe Trennung von That- und Rechtsfragen bezeichnen. Denn in dieser Beziehung läßt sich eigentlich nur die eine Bemerkung machen, daß diese Trennung kaum ohne Nachtheil für die Gerechtigkeit durchgeführt werden kann; ist sie aber einmal zugegeben, so kann man Eins nicht verkennen: Für die richtige Lösung der Thatfrage muß ohne Zweifel gut gesorgt sein; allein es hängt von ihr nichts Gemeinsames ab, und es ist daher kein Grund vorhanden, sie auch nur eventuell vor einen Gerichtshof zu bringen, dessen Wirksamkeit das ganze Reich umfassen muß. Anders ist dies bei Rechtsfragen: hier verlangt allerdings ein über den einzelnen Fall hinausgehendes Interesse, daß sie immer gleichmäßig gelöst werde, und nur eine Einrichtung, bei welcher über jede Rechtsfrage zuletzt der Spruch desselben Gerichtes erwirkt werden kann, macht dies möglich — eine Betrachtung, welche in Oesterreich zur Zulassung der außerordentlichen Revision geführt hat. Dagegen soll der französische Cassationshof immer nur cassiren, auch wo er in der Lage wäre, den Grundsatz, welchen er als den richtigen erklärt, sogleich auf den Rechtsstreit anzuwenden. Daß in einem solchen Falle die Sache an einen Appellhof zu neuer Verhandlung verwiesen wird, daß dieser an die Rechtsansicht des Cassationshofes auch in specie nicht gebunden ist, und daß erst wieder neue Weitläufigkeiten erforderlich sind, letztere durchzusetzen, ist so widersinnig, daß man sich die Entstehung einer solchen Ordnung der Dinge gar nicht erklären könnte, wenn man nicht sähe, daß auch hier die politische Rücksicht auf Theilung und Vertheilung der Gewalten im Staate allein maßgebend war.

Noch eine Aeußerlichkeit müssen wir berühren, die aber für den Proceß von größter Wichtigkeit ist. In welcher Zeit ein Proceß beendigt werden kann — das ist ein solches Aeußerliches; aber mit Recht wird doch auf die Raschheit des Geschäftsganges eben so viel Gewicht gelegt, als auf die Verläßlichkeit der Entscheidung. Beide Rücksichten stehen freilich mit einander in ewigem Krieg; allein die wahre Probe für den Werth einer Proceßordnung wird doch immer darin gefunden werden müssen, daß es ihr gelingt, beide gleichmäßig zu beachten. Der Verfasser gibt nun in dieser Beziehung der französischen aus eigener Erfahrung das beste Zeugniß; es frägt sich nur, durch welche Einrichtungen dieses Resultat zunächst erzielt wird? Der Verfasser scheint zur Erklärung auf die gesetzliche Fixirung der Fristen (S. 57 u. 58) und auf die Mündlichkeit sich berufen zu wollen. Ersteres muß im Munde eines Mannes, der die Dinge in der Nähe gesehen hat, wohl auffallen; indem der französische Proceß die Anwälte fast zu unumschränkten Herren der Streitsache gemacht hat, hat er wohl jenen Fristbestimmungen alle Wirksamkeit entzogen. Feuerbach bezeugt schon, daß kein Anwalt den anderen in diesen Dingen dränge. Dazu kömmt aber noch, daß selbst das Contumacialerkenntniß eigentlich nur dann wirksam ist, wenn der Verurtheilte sich's gefallen lassen will, — daß die Ausschließung der Eventualmaxime Verzögerungen begünstigt, — daß die Häufung der Rechtsmittel, die Art ihrer Geltendmachung, die Länge der dafür offen stehenden Fristen dieselbe Wirkung äußern. Dagegen ist die im Allgemeinen wirklich größere Raschheit des französischen Verfahrens allerdings theilweise aus der Mündlichkeit zu erklären. Nicht als ob es an Mitteln fehlte, eine Sache von Audienz zu Audienz fortzuschleppen! Aber die Mündlichkeit gestattet doch, zwischen wichtigen oder schwierigen, und unwichtigen oder einfachen Sachen einen nachhaltigen und nicht leicht zu verwischenden Unterschied zu machen. Wichtiger ist schon, daß die Proceßinstruction in den Händen der Parteien liegt, daß das Gericht absolut nichts Anderes zu thun hat, als zu hören und zu richten, und daß es daher immer Zeit hat, zu urtheilen, sobald die Parteien die Sache spruchreif finden. Das Wichtigste aber bleibt, daß nicht die Formen des Rechtsstreites in jenen zahllosen Fällen beobachtet werden müssen, in welchen es sich nur um zwangsweise Durchführung eines unbestrittenen und unbestreitbaren Rechtes handelt. Wie dabei die eigenthümliche Executionsordnung und die Thätigkeit der Huissiers, deren Stellung wir übrigens für eben so bedenklich

halten, als die (in Krakau nicht beibehaltene) Theilung des Advokaten-Geschäftes zwischen avoué und avocat, — mitwirken, kann hier nicht weiter ausgeführt werden: wie denn auch die sehr dankenswerthe Darstellung des Verfahrens außer Streitsachen eben nur erwähnt werden kann. Daß dagegen der Verfasser nicht auch den Concurs behandelt, ist um so bedauerlicher, weil gerade das französische Concursverfahren weit über die Grenzen Frankreichs hinaus Geltung und Nachahmung gefunden hat.

B.

Ueber Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen.

(Allg. österr. Gerichts-Zeitung, 1859 Nr. 143 ff.)

I.

Man hat nicht selten den Krieg den völkerrechtlichen Proceß genannt; umgekehrt kann man wohl auch den Proceß insofern mit dem Kriege vergleichen, als er gleich diesem selbst im günstigsten Fall ein Uebel ist. Es gibt Nachtheile, welche mit jeder Proceßführung untrennbar verbunden sind, und wenn die Rechtsuchenden dafür die Juristen verantwortlich machen, so werden diese wohl zu allen Zeiten den unverdienten Vorwurf ruhig hinnehmen und tragen; sie dürfen sich aber darum auch nicht verhehlen, daß es andere Uebelstände gibt, welche mit der Proceßführung nicht nothwendig zusammenhängen, deren Quelle fehlerhafte Einrichtungen oder nicht energisch genug bekämpfte Mißbräuche sind. Man kann nun nicht erwarten, daß das große, selbst das gebildetere Publicum die Unterscheidung, die hier gemacht ist, festhalte; so trifft in den Urtheilen, welche über die Proceßinstitutionen eines Landes gefällt werden, stets Wahres und Falsches zusammen, und die Forderung von Verbesserungen umfaßt beinahe immer neben den Ausführbaren und Erreichbaren das Unmögliche, ja Undenkbare. Auch hier stellt sich dann leicht ein Wort ein, wo klare Gedanken fehlen. Ein solches Wort ist der Name: Friedensgericht — ein Name, welcher den Widerspruch, aber auch die Eignung für solche Zwecke so recht in sich trägt. Knüpft sich ja doch an das Wort schon das Bild eines nie erreichten, aber immer herbeigesehnten Zustandes, in welchem unter den Menschen der Kampf durch den Frieden, der Widerstreit leidenschaftlicher, erbitteter Gegner durch billige Auseinandersetzung verdrängt würde — d. h. das Ende aller Proceßführung und jedes richterlichen Amtes!

Handelt es sich nun aber um mehr als ein fernher glänzendes Ideal, wird allen Ernstes der Wunsch nach Einführung der Friedensgerichte und die Hoffnung geäußert, daß dadurch die Rechtspflege wesentlich verbessert werden könnte, so macht sich natürlich auch das Bedürfniß geltend, die concreten Dinge zu betrachten, welche jenem Namen entsprechen, und die Einrichtungen zu prüfen, welche unter demselben bestehen, da es sich ja in der Hauptsache doch wohl nur um den Vorschlag, sie nachzuahmen, handeln kann.

Wir finden nun Namen und Amt der Friedensrichter in den englischen und französischen Justizeinrichtungen[1]); — allerdings aber ist ihre Stellung in jedem der beiden Länder so eigenthümlich geordnet, daß der französische Friedensrichter mit dem englischen wenig mehr als den Namen gemein hat.

Die englischen Friedensrichter sind bekanntlich die wichtigsten Träger des englischen Systems der Selbstregierung. Der Elite des gebildeten, besitzenden Mittelstandes entnommen, mit der Krone durch die verschiedensten Einrichtungen, namentlich aber durch das uneingeschränkte Recht der Ernennung und Absetzung in Verbindung gebracht, ist der Friedensrichter der Wahrer und Schützer des königlichen Friedens, wie denn der König selbst mit Vorliebe als der oberste Conservator pacis bezeichnet wird. Zu diesem Zwecke ist ihm eine solche Anzahl von meist administrativen Specialaufgaben, aber auch ein solcher Umfang der Autorität zugewiesen, daß man das bekannte Wort Coke's nicht allzu übertrieben findet: es habe die ganze Christenheit nichts was sich mit dem Amte eines Friedensrichters — richtig aufgefaßt — vergleichen ließe. In der That ruht namentlich eine solche Fülle obrigkeitlicher Macht in den Händen des Friedensrichters, daß man die Benennung Magistrat fast ausschließlich ihm vorbehält. Greift nun aber auch der Friedensrichter in die verschiedensten Angelegenheiten ein, besorgt er fast alle Polizei- und Verwaltungsgeschäfte, die erste Einleitung aller Criminalprocesse und die Entscheidung aller minder wichtigen Strafsachen, dann die Beaufsichtigung der Gefängnisse: so bleibt er doch gerade den Privatstreitigkeiten der Bürger unter-

---

[1]) Von der politischen Seite der Institution wird hier nicht gesprochen; es ist deßhalb namentlich auch der im Königreich Sachsen durch die Gesetze vom 22. Juni 1846 und vom 11. August 1855 gemachte Versuch, Friedensrichter der Administrativbehörde an die Seite zu stellen, hier nicht berücksichtigt.

einander völlig fremd. Allerdings gibt es einige die Armen- oder Gesindepolizei und ähnliche Verhältnisse mitbetreffende Privatrechtsangelegenheiten, in die er summarisch eingreift, namentlich Streitigkeiten über die Alimentation unehelicher Kinder, über Bezahlung von Gesinde- und Fabrikenlohn; auch verschafft er Abhilfe gegen gewaltsamen Eintritt in fremdes Eigenthum und verfügt die Execution für gewisse äußerst geringfügige Forderungen[2]; allein abgesehen davon ist, wie Vincke (Darstellung der inneren Verwaltung Großbritaniens. Berlin 1815, S. 32) bemerkt — dem „britischen Friedensrichter Alles fremd, was das Mein und Dein angehet, alle schiedsrichterliche Gewalt, alle versöhnende Einwirkung in Rechtssachen, Alles, was kein öffentliches Interesse darstellt."

Ganz anders verhält es sich mit den französischen Friedensrichtern. Sie sind nicht blos als Officiers de la police judiciaire und als Richter in Uebertretungsfällen mit umfassenden strafgerichtlichen Geschäften betraut, sondern sind auch zu beträchtlicher Einflußnahme auf die Civilrechtspflege berufen. Es ist ihnen nämlich hierin ein dreifacher Wirkungskreis angewiesen:

1. Ein großer Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit das französische Recht eine solche kennt, ruht in ihren Händen.

2. Sie entscheiden über folgende Civilprocesse:

a) die aus rein persönlichen oder auf eine bewegliche Sache gerichteten Klagen entstehen, sofern der Betrag 200 Francs nicht übersteigt;

b) unter der Voraussetzung, daß der Betrag, um den es sich handelt, 1500 Francs nicht übersteigt, über Streitigkeiten zwischen Reisenden und Gastwirthen, Fuhrleuten, Schiffern und Arbeiten, welche Wagenreparaturen besorgt haben, — dann über den Betrag der dem Miether oder Pächter gebührenden Entschädigung für Entgang des Genusses des Bestandobjects, — über Beschädigungen der gemietheten Sache, für die der Miether zu haften hat;

c) über gewisse Pensionen, wenn der Betrag der Jahresrente 150 Francs nicht übersteigt;

d) über Klagen auf Zahlung von Bestandzinsen und Aufhebung

---

[2] S. die Zusammenstellung in Gneist's eben erschienenem, höchst bedeutenden Werke: „Die englische Communalverfassung und Communalverwaltung oder das System des Selfgovernement in seiner heutigen Gestalt." (Berlin 1860.) S. 175.

von Bestandverträgen wegen Nichtbezahlung des Zinses, dann auf Räumung der Wohnung und Gerechtfertigterklärung der Pfändung, sofern der jährliche Zins in Paris 400, sonst 200 Francs, nicht übersteigt;

e) ohne Einschränkung auf einen bestimmten Betrag, wenn die Parteien sich freiwillig dem Friedensrichter unterwerfen, außerdem aber in einer Reihe von anderen Fällen, worunter hervorzuheben sind: Streitigkeiten wegen Feldbeschädigungen, wegen Reparaturen von Bestandobjecten, die dem Bestandnehmer obliegen, wegen Ammenlohnes; ferner Injurien- und Besitzstörungssachen, Grenzverrückungen u. dgl. (Gesetz vom 25. Mai 1838).

3. Sie haben das Vermittleramt in fast allen Civilprocessen.

Wir lassen hier nicht blos jenen Theil der friedensrichterlichen Geschäfte bei Seite, welcher sich auf nichtstreitige Sachen bezieht, — sondern auch das eben erwähnte Vermittleramt der Friedensrichter. Der nächste Grund ist der, daß gerade dieser Theil der Institution nach dem Urtheil aller Beobachter, nach den gemachten Erfahrungen, nach dem endlich was die bloße Betrachtung der Sache ergibt, durchaus verfehlt und der Nachahmung unwürdig ist.

In Frankreich versprach man sich freilich von der Einrichtung, vermöge deren der Regel nach kein Proceß vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden darf, ohne daß eine Vergleichsverhandlung vor dem Friedensgericht versucht (oder — eine Buße von 10 Franken gezahlt) wird, das Allerschönste. „Denkt Euch — mit diesen Worten wurde der Plan der Nationalversammlung empfohlen, — „eine obrigkeitliche Person, die nur für ihre Mitbürger lebt. Ein Vater in seiner Kinder Mitte! Er spricht ein Wort, und Ungerechtigkeiten werden wieder gut gemacht, Uneinigkeiten verschwinden, Beschwerden hören auf: seine fortwährende Sorgfalt sichert Allen ihr Glück. Dies ist der Friedensrichter!“ Aber schon im Jahre 1806 war officiell anerkannt, daß der Versuch gescheitert sei, und dem ernstlich gestellten Antrag, ihn ganz aufzugeben, ward nur nicht entsprochen, weil man ohne irgend einen Grund von der Zukunft Besseres hoffte.

Abgesehen nämlich davon, daß gerade dem französischen Friedensrichter jene Eigenschaften, die einem Vergleichsversuch allenfalls Erfolg versprechen können, höchstens zufällig innewohnen, daß namentlich seine

Stellung als Civil- und Strafrichter und als Beamter der Gerichtspolizei ihm nicht eben das vertrauensvolle und rückhaltslose Entgegenkommen der Parteien sichern kann: liegt in der Aufzwingung einer Vergleichsverhandlung eine Ungerechtigkeit. Es ist „nicht zu rechtfertigen," sagt Feuerbach, „wenn das Gesetz mich nöthigen will, mit meinem klaren unzweideutigen Recht, wider das ein boshafter Gegner sich auflehnt, an dem ich vielleicht schon durch langes außergerichtliches Mahnen alle Quellen der reichsten Geduld erschöpft habe, — statt geradezu vor den Richter, zuerst noch vor ein Vermittlungsamt zu gehen, um hier zuvor mit mir handeln, mir wohl gar etwas abdingen zu lassen."

Ueberhaupt sind mit Vergleichsanstalten sehr viele, gewöhnlich sehr hoffnungsreiche Versuche gemacht worden; sie hatten aber fast nie große Erfolge (vgl. Mittermaier: Der bürg. Proceß (1822) I. 130 und die dort angeführte Literatur. Welcker im Staatslex. VI. 133 ff.); ja wenn man von ganz verschiedenen, nur durch Irrthum mit hereingezogenen Anstalten absieht, durch welche die Fällung schiedsrichterlicher Erkenntnisse begünstigt wird, kann man den Erfolg eigentlich auf Null anschlagen. Einrichtungen dieser Art werden nur wirksam sein als letzte ideale Spitze eines ganz vortrefflichen Justizwesens, oder — als Palliativmittel gegen die bis zur Unerträglichkeit angewachsenen Uebelstände einer den Dienst fast versagenden Rechtspflege. Je mehr der Ausfall eines Processes einem Lotteriegewinnst gleicht, desto bereitwilliger wird Derjenige, der im Recht ist, auf Vergleichsanträge eingehen und das opfern was ihm gebührt; je sicherer die Justiz Abhilfe gegen Unrecht verschafft, desto geringer wird die Hoffnung eines böswilligen Gegners sein, Zugeständnisse erpressen zu können. Unter solchen Umständen mag eine Vergleichsanstalt Einzelne vor ökonomischem Ruin bewahren; für die Gesammtheit ist ihre Wirksamkeit nicht blos ein lauter Vorwurf, sie wird für sie geradezu verderblich, indem sie einerseits unvermeidliche Verbesserungen aufhält, andrerseits die Grundlagen der wirthschaftlichen Wohlfahrt der Nation — die Redlichkeit im Verkehr und den Credit — vollends untergräbt. „Selbst die große Anpreisung der Vergleiche," sagt Mittermaier, „hat ihre Kehrseite; während in einem würdigen, festen, unbeugsamen Bestehen auf dem, was man als Recht erkennt, männliche Kraft und Achtung des Rechts und dadurch ein kräftiger Sinn für die höheren Güter des Lebens sich

aussprechen, verräth ein ängstliches Vergleichsstiften, eine nicht achtungswürdige Feigheit einen Mangel an Rechtsgefühl, und erzeugt zuletzt schwache Menschen, welchen Alles, was Anstrengung und Kraft fordert, gleichgiltig und nur die gemeinste Bequemlichkeit des Lebens vom höchsten Werthe ist.“

Möge man sich also nicht durch glänzende Phrasen und durch fromme Wünsche verleiten lassen, die natürliche Ordnung der Dinge umzukehren. Erst muß das Aeußerste aufgeboten werden, um die Rechtspflege sicher, rasch, leicht zugänglich zu machen; darauf möge für Schiedsgerichte gesorgt werden, die ohnehin (Erfahrungen aus der nächsten Nähe ließen sich anführen!) nur da einen Boden finden, wo die Betretung des Rechtsweges rasche und sichere Erfolge verspricht; dann wird das Werk vielleicht einst eine Vergleichsinstitution krönen können, die selbst gedeiht und dem materiellen und geistigen Gedeihen der Nation förderlich ist. Zunächst aber thut es Noth, namentlich in Oesterreich, den ersten, wichtigsten Punkt: zweckmäßige Ordnung des Processes, nicht aus den Augen zu verlieren, und in dieser Hinsicht bietet die Einrichtung der französischen Friedensgerichte dem prüfenden Auge ein höchst beachtenswerthes Object in der Vorkehrung für die Entscheidung geringfügiger Rechtssachen.

Der Grund dafür, daß die Proceßeinrichtungen nirgends ihrem Zwecke vollkommen entsprechen, daß es nicht möglich ist, jene rasche und prompte Justiz herzustellen, welche allein die Gerichtspflichtigen völlig zufrieden stellen könnte, liegt gerade in der Besorgniß des Gesetzgebers, daß die Gerichte Mißgriffe begehen, daß sie getäuscht, daß sie zu unwillkürlichen Werkzeugen des Unrechts gemacht werden könnten. Die Gefahren erwägend, welchen während der Proceßführung die gerechte Sache ausgesetzt ist, jede Möglichkeit, jede noch so seltene Combination berücksichtigend, sucht er nach Formen, welche die vollste Freiheit der Vertheidigung eines gefährdeten Rechtes sowohl dem Mißbrauch oder Mißverstand des Richters, als den Umtrieben der Parteien gegenüber sichern. Allein er vermag es nicht, den Gebrauch dieser Formen durch allgemeine Bestimmungen auf jene Fälle einzuschränken, für welche allein sie nöthig sind — denn diese Fälle können nicht voraus angegeben werden; er kann es also auch nicht hindern, daß sie mißbraucht werden, daß Chicane und das Streben nach Verzögerung der Entscheidung, so wie die Nachlässigkeit der Anwälte sich hinter sie verschanzt, so daß sie auf

Richter und Parteien zugleich einen im concreten Fall überflüssigen und unerwünschten Druck üben. Wir Alle müssen dies als ein nothwendiges Uebel betrachten; es bleibt wohl nur die Wahl zwischen dem Ertragen der eben bezeichneten Uebelstände und der Herstellung einer von jeder Form entbundenen Justiz, einer Justiz, deren Ideal nur der Kadi sein könnte.

Allerdings ist ein interessanter Versuch gemacht worden, diesem Dilemma zu entgehen. Das durch eigenthümliche Umgestaltung des französischen Processes sich auszeichnende Civilproceßgesetz für den Canton Genf ordnet die Förmlichkeiten des Processes gewissermaßen in dreifacher Weise: unverzügliche mündliche Verhandlung, — vorausgehende Mittheilung schriftlicher Anträge und Beweisdocumente, — eine förmliche schriftliche Vorverhandlung. Dem Ermessen des Gerichtes ist es überlassen, Angesichts des concreten Falles zu bestimmen, ob die einfachere oder complicirtere Verhandlungsweise einzutreten habe. „Wir haben," heißt es in den Motiven dieses Gesetzes (Bellot, Loi sur la Procédure civile du Canton de Genève. 2. édition [Par. 1837] p. 55) „wir haben als Regel die unmittelbare, unverzügliche Verhandlung der Sache, ohne vorausgegangene Formalität hingestellt. So gingen wir von dem einfachsten und am häufigsten vorkommenden Fall aus. Als Ausnahme haben wir für jene Fälle, wo eine unverzügliche Verhandlung nicht zweckmäßig wäre, zwei Abstufungen von Formalitäten eingeführt: die erste beschränkt sich auf Mittheilung schriftlicher Anträge an den Gegner, die zweite besteht in der Production verschiedener, näher bestimmter Proceßschriften vor Gericht [3]). Wir überlassen es den Richtern, das anzuordnen, was die Beschaffenheit der einzelnen Rechtssache nöthig macht; eux seuls peuvent saisir des variétés et des nuances, dont l'appréciation se soustraira toujours à la fixité des règles."

Es muß nun wohl dahin gestellt bleiben, ob nicht einerseits diese ausgedehnte Proceßleitungspflicht manche unnöthige Complicationen des Verfahrens erst wieder herbeiführt, — während andrerseits die Gefahr sehr groß ist, daß das Gericht, je nach den Umständen, bald aus allzu

---

[3]) Wenn nämlich die erste Darstellung der Klage die Richter von der Nothwendigkeit eines schriftlichen Verfahrens überzeugt, bestimmen sie den Parteien Termine zur Ueberreichung einer schriftlichen Entwicklung der Klage, einer Einrede, Replik und Duplik; es ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen, die Termine sogleich für alle Schriften oder für jede insbesondere zu bestimmen.

großer Bequemlichkeit die Verschleppung, bald in tumultuarischer Ueberstürzung eine ungeeignete, nicht ausreichende Verhandlung der Sache selbst veranlasse. Gewiß ist jedenfalls, daß in einem Staat, der nur aus einer Stadt besteht, wo also jeder Richter unter den Augen der Träger der obersten Staatsgewalt wirkt, Manches unbedenklich sein mag, was anderswo arg mißbraucht werden kann.

Kann aber das Gesetz nicht blos den Richtern die Wahl der dem einzelnen Fall zukommenden Formen überlassen, so muß es doch selbst, indem es von vornherein verschiedene Arten des Verfahrens aufstellt, eine Eintheilung der Proceßsachen statuiren, um dieselben diesen verschiedenen Arten des Verfahrens zuzuweisen. Nun freilich ist es eben sehr schwer, den für diese Eintheilung maßgebenden Gesichtspunkt zu finden. Gerade das Wichtigste, die Schwierigkeit der Verhandlung und Entscheidung, läßt sich, wie gezeigt, nicht voraus bemessen; nur ganz ausnahmsweise werden gewisse Gattungen von Rechtssachen (z. B. Rechnungsprocesse) ein- für allemal als besonders schwierige zu bezeichnen sein. Der Regel nach müssen also die Proceßformen so geordnet werden, daß sie selbst noch die schwierigste und verwickeltste Rechtssache zu bewältigen vermögen, d. h. sie müssen viel umständlicher sein, als für weitaus die meisten Fälle wirklich nöthig wäre. Damit aber kommt man bald an eine Grenze, welche man nur überschreiten kann, wenn man das: Fiat justitia, pereat mundus! — im schlechtesten Sinn auf seine Fahne schreibt; man kommt nämlich bald dahin, wo die strenge Handhabung jener Formen factisch zur Rechtsverweigerung führt, was überall der Fall ist, wo der Aufwand, den die Beobachtung derselben nöthig macht, zu dem Werth des Streitgegenstandes außer Verhältniß steht, oder wo dem Rechtsuchenden überhaupt nicht geholfen ist, wenn ihm die Hilfe nicht unverzüglich zu Theil wird. Es ist also keine willkürliche, sondern eine dem Wesen der Sache entsprechende Unterscheidung, wenn namentlich für geringfügige Rechtssachen die Gesetzgebung auf einen Theil der schützenden Formen, die sie allerdings nicht als überflüssig ansieht, Verzicht leistet, weil sie die Möglichkeit, hie und da einen Fehlgriff nicht zu vermeiden, weniger scheut, als die Gewißheit, daß in unzähligen anderen Fällen die Rechtsverfolgung geradezu ausgeschlossen ist. Vergebens beruft man sich darauf, daß die Schwierigkeit der Entscheidung mit dem Werth des Streitgegenstandes nichts zu thun habe, daß man weder im Großen noch im Kleinen sich der Gefahr aus-

setzen dürfe, Unrecht zu thun. Gerade die Betheiligten wünschen und fordern eine solche Unterscheidung. „Gerade die nützlichste und zahlreichste Classe des Volkes," bemerkt der erfahrene Puchta (Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. VII. 315), „der betriebsame Gewerbsmann, der fleißige Landbauer erkennt, mit wenigen Ausnahmen von ausgearteten Standesgenossen, in dem Processiren, besonders über Kleinigkeiten, eine von den größten Unvollkommenheiten unserer bürgerlichen Einrichtungen. Dieser s. g. gemeine Mann unterscheidet nach seinem schlichten Sinn selbst zwischen Processen und bloßen Klaghändeln, und versteht unter den letzteren die geringfügigen Rechtssachen, von denen er glaubt, daß sie ohne alle Weitläufigkeiten auszumachen seien, wenn man nur wolle. Wenn er mit Hintansetzung seines Berufes und seines Hauswesens vielleicht mehrere Stunden weit in das Amtsgericht laufen und Recht suchen muß, so ist ihm dieses schon sehr beschwerlich, weil die Zeit ihm vielleicht gerade sehr ungelegen ist, der Termin zur Proceßinstruction bei dem Bauer etwa in die Zeit der dringendsten Saat- oder Erntearbeiten fällt, wo wegen eintretender ungünstiger Witterung der verlorene Tag leicht von wichtigem Einflusse auf den Ertrag seiner Besitzung sein kann. Wird nun noch die Instruction der Sache, die Aufnahme der Beweise (vielleicht mit Zuziehung von Advocaten, die bei einer solchen Einrichtung auf dem höheren Fuß nicht wohl zu entbehren sein werden) weitschweifig, daher auch verzögerlich betrieben, organisirt man also die Gerichte so, daß sie auch die geringfügigsten Händel mit aller Zierlichkeit instruiren und entscheiden können und daher auch müssen: so kann es wohl dahin kommen, daß der nützliche Staatsbürger, der vielleicht recht muthwillig zum Klagen oder zur Vertheidigung gegen eine frivole Klage genöthigt worden, lieber eine rechtliche Forderung fahren zu lassen oder einen grundlosen Anspruch eines boshaften Dienstboten anzuerkennen sich entschließt, um nur nicht mehrfach so viel in seinem Nahrungsstande einzubüßen."

II.

Zu allen Zeiten, in allen Ländern machte sich das Bestreben geltend, minder wichtige Sachen in einfacherer, rascherer, von der normalen Proceßordnung abweichender Weise abzuthun; ja, es brach sich dieses Bedürfniß selbst da Bahn, wo die Unbeweglichkeit der Gesetzgebung die Abhilfe fast als unmöglich erscheinen ließ. So schuf die Theorie des ge-

meinen deutschen Rechts, gestützt auf eine unrichtige Auslegung einzelner Stellen der römischen Rechtsquellen, namentlich aber durch Anwendung der Clem. Saepe (Cl. 2 de V. S. 5. 11) auf Verhältnisse, auf welche sie nicht berechnet war, das sogenannte regulär (unbestimmt) summarische Verfahren. (Vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Processe. Leipzig, 1859. S. 12 ff.) Ohne Halt in den Quellen, daher auch unfähig, sichere Normen herzustellen, ist diese Auffassung natürlich, so wenig wie die Praxis, welcher sie zu Hilfe kam, im Stande gewesen, ein wirklich befriedigendes rasches und einfaches Verfahren zu begründen; im Ganzen kann man sagen, daß das summarische Verfahren des gemeinen Rechts höchstens jene Schwerfälligkeit vermeidet, welcher sich die Particulargesetzgebung auch für den ordentlichen Proceß zu entziehen wußte. Um so dringender war die Aufforderung an die Particulargesetzgebung, für ganz geringfügige Fälle ein Verfahren herzustellen, welches sich weiter von den Formen des ordentlichen Processes entfernt. So hatte schon eine sächsische Verordnung vom 23. April 1612 den Schössern aufgetragen: „So sollen sie geringe und schlechte Sachen nicht alsobalde ihres Gewinnstes halber in Proceß weisen." Auch ein späteres Mandat (23. Juni 1663) brachte die Sache unter den Gesichtspunkt der Verhütung der gerichtlichen Processe in gerichtlichen Sachen (Haubold, geringf. Rechtssachen, 2. Aufl., 1837, S. 4 ff.). Endlich erschien am 28. November 1753 ein „Mandat, die Abstellung processualischer Weitläufigkeiten in geringfügigen Rechtssachen betreffend," — welches die Grundlage des Gesetzes vom 16. Mai 1839 (s. Freiesleben, Civilproceßgesetze des Königreichs Sachsen. III. 168) wurde. Auch andere Gesetzgebungen ließen die Frage nicht unberücksichtigt. Alle diese Gesetze aber, sowohl die älteren (Jever'sche Landgerichtsordnung vom 27. Juni 1701, §. 4; Sachsen-Eisenach'sche Gerichts-, Proceß- und Executionsordnung vom 6. Febr. 1702, Tit. XXII.; Sachsen-Altenburgische Proceßordnung vom Jahre 1744, P. II. C. I.; Sachsen-Gotha'sche von 1776, P. II. C. I.; Cod. Jud. Bavar. von 1753, C. III., §§. 3—5) als auch viele neuere (Sachsen-Weimar vom 31. Mai 1817; Sachsen-Altenburg vom 27. April 1823; Schwarzburg-Sondershausen vom 20. Februar 1834 — s. Hänsel, Das Verfahren in ganz geringfügigen Rechtssachen. II. 128 ff.; Mittermaier im Arch. für civilr. Praxis, IX. 273 ff.) — alle diese Gesetze wurzeln doch im gemeinrechtlichen Proceß; sie sind zum Theil

noch hinter dem zurückgeblieben, was unser österreichischer sogenannter mündlicher Proceß leistet, und unser summarisches Verfahren ist kaum von einem derselben in Diesem oder Jenem überboten.

Von wesentlicher Verschiedenheit sind dagegen die erwähnten französischen Einrichtungen, welche nun ausführlicher besprochen und mit den entsprechenden Institutionen anderer Länder, namentlich Englands und Preußens, verglichen werden sollen.

Der französische Proceß ist mit Rücksicht auf die uns beschäftigende Frage dreifach gegliedert. Wir dürfen die Formen des ordentlichen Processes als bekannt voraussetzen; sie beruhen im Wesentlichen auf einem außergerichtlichen Schriftenwechsel zwischen den Anwälten der Parteien, auf einer durch diesen Schriftenwechsel vorbereiteten streng mündlichen Verhandlung, mit der empfindlichen Ausnahme, daß zur Aufnahme von Zeugenbeweisen ein richterlicher Commissär bestellt wird, und daß das Collegium auf Grund der schriftlichen Verhörprotokolle das Definitiverkenntniß fällt. — In nachstehenden Fällen findet nun aber ein hievon abweichendes summarisches Verfahren statt:

1. bei reinen persönlichen auf eine unbestrittene Urkunde sich stützenden Klagen;

2. bei Klagen, welche auf einen Betrag von weniger als 1000 Fr. gerichtet sind;

3. in dringlichen Fällen oder wo es sich um provisorische Maßregeln handelt;

4. bei Klagen auf Zahlung von Mieth- und Pachtzinsen und Rentenrückständen.

In Fällen dieser Art findet ein außergerichtlicher Schriftenwechsel nicht statt; die Verhandlung wird lediglich durch die vom Kläger veranlaßte Ladung des Beklagten in die Sitzung des Gerichtes eingeleitet; wird auf einen Zeugenbeweis erkannt, so werden die Zeugen vor das erkennende Gericht selbst geladen, unmittelbar vernommen, und über ihre Aussagen wird nur dann ein Protokoll aufgenommen, wenn das ergehende Erkenntniß der Appellation unterworfen ist. Es ist also die Möglichkeit geboten, in einer einzigen sehr raschen Verhandlung, und (wenn auf Zeugenbeweis erkannt wird) in zwei Sitzungen den Proceß zu Ende zu bringen (Code de Procédure civile Art. 404—413, Carré Les lois de la procédure civile [Brux. 1825] III. 248 s.). Freilich wird es, namentlich weil die Anwälte die Bestreitung der Urkunde sich zur Regel

zu machen scheinen, bei Weitem nicht in jener Ausdehnung angewendet, welche man nach der vorstehenden Angabe voraussetzen sollte.

Diese ordentliche Gerichtsbarkeit, in erster Instanz gehandhabt von dem in jedem Arrondissement aufgestellten Collegialgericht, wird indeß nicht ausreichend gefunden, um den Gerichtspflichtigen die Entscheidung ganz einfacher, dringend Erledigung fordernder Sachen möglichst nahe zu bringen. Aus diesem Grunde ist dem für jeden Canton bestellten Friedensrichter die früher bereits bezeichnete Competenz eingeräumt, und die Bestimmungen über den vor demselben zu führenden Proceß sind, wie Thouret in der constituirenden Versammlung sagte, darauf berechnet, die Friedensrichter in den Stand zu setzen, „die ihnen vorgelegten Streitigkeiten in Formen zu Ende zu bringen, welche rasch und ohne große Kosten, den Parteien zum Urtheil verhelfen, gewissermaßen ohne daß sie vom Vorhandensein einer Procedur etwas bemerkt haben." Eine einfache Ladung, welche neben Tag und Stunde der Verhandlung nur summarisch den Gegenstand der Klage bezeichnet, leitet das Verfahren ein. Diese Ladung wird im Hause des Geladenen, und wenn sich dort Niemand findet, beim Gemeindevorsteher gelassen. Zwischen dem Tag der Ladung und dem der Verhandlung muß wenigstens ein Tag frei bleiben, wenn die Wohnung des Geklagten nicht weiter als drei Myriameter vom Sitz des Friedensrichters entfernt ist, für je drei weitere Myriameter wird immer ein Tag hinzugefügt. Dagegen kann umgekehrt in dringenden Fällen der Friedensrichter durch einen von ihm selbst ausgefertigten Vorladezettel (cédule) die Frist kürzen, und noch auf denselben Tag vorladen. Endlich steht den Parteien frei, auch ohne vorausgegangene Ladung vor dem Friedensrichter zu erscheinen, und die Entscheidung ihrer Sache zu fordern. — Für die Verhandlungen muß der Friedensrichter wöchentlich zwei Audienztage bestimmen, er kann aber — immer jedoch unbeschadet der Oeffentlichkeit — an jedem beliebigen Tage und zu jeder Stunde Gericht halten. In der Sitzung hat der Friedensrichter immer seinen Schreiber zur Seite, welcher das Audienzprotokoll (feuille d'audience) führt. — Erscheint einer von beiden Theilen weder persönlich, noch durch einen Bevollmächtigten, so prüft der Friedensrichter nur, ob bei der Ladung die gehörigen Fristen beobachtet wurden; ist dies der Fall, so wird der Ausgebliebene (auf Verlangen des Gegners) in contumaciam verurtheilt, und zwar selbst dann, wenn dem Friedensrichter bekannt ist, daß

der Ausgebliebene von der Vorladung nichts erfahren konnte; dieser letztere Umstand wird nur bei Bestimmung der Frist berücksichtigt, innerhalb deren der Contumacirte gegen das Urtheil Einspruch (opposition) erheben kann. — Erscheinen beide Theile, so wird contradictorisch verhandelt (ils seront entendus contradictoirement); dieser Ausdruck, welcher allerdings auf das Wesentliche jedes Processes hinlänglich hinweist, enthält aber (abgesehen von dem Verbot eines jeden Schriftenwechsels) die einzige Weisung, welche für die Führung der Verhandlung gegeben ist. Das Urtheil wird unverzüglich oder längstens in der nächsten Sitzung verkündet. Ergeht ein Interlocut, so muß das Definitiverkenntniß längstens in vier Monaten erfolgen, sonst ist vermöge des französischen Instituts der peremtion d'instance der ganze Proceß ipso jure vernichtet; trägt hieran der Richter Schuld, so haftet er für den Schaden. Die Zeugen werden jeder in Abwesenheit des Anderen, immer aber in Abwesenheit beider Theile öffentlich (nöthigenfalls an Ort und Stelle) vom Friedensrichter vernommen, welcher von den Parteien aufgefordert werden kann, bestimmte Fragen zu stellen. Ein Protokoll wird über dieses Verhör nur dann aufgenommen, wenn Appellation zulässig ist. Unmittelbar nach der Abhörung der Zeugen und längstens in der nächsten Sitzung wird das Urtheil gesprochen. — Gegen das Urtheil des Friedensrichters kann, wenn der Werth des Streitgegenstandes 100 Fr. übersteigt, die Appellation an den Gerichtshof erster Instanz ergriffen werden; über diese Appellation (bei welcher nach allgemeinen Grundsätzen des französischen Proceßrechts auch nova vorgebracht werden dürfen), wird nach den Regeln des summarischen Verfahrens verhandelt. Gegen dieses Erkenntniß der Appellationsinstanz, niemals aber gegen das vom Friedensrichter innerhalb seiner Competenz in letzter Instanz gesprochene Urtheil, findet die Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof statt, welche übrigens der Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses kein Hinderniß entgegenstellt.

Wer ist nun aber dieser Friedensrichter, der fast ohne andere Controle als die der Oeffentlichkeit über nicht immer ganz geringfügige Sachen Recht spricht? Nach dem ursprünglichen Plane (Gesetz vom 10. August 1790) ward nicht blos der Friedensrichter von den Bürgern des Cantons gewählt, sondern es wurden ihm auch noch zwei Prudhommes-assesseurs an die Seite gegeben, so daß die Gerichtsbarkeit eine collegialische war. Später häuften sich die dem Friedensrichter übertragenen

Functionen: auch scheint die freie Wahl zu großen Einfluß auf die spätere Stellung des Richters mitten unter seinen Wählern geübt zu haben. Es wurden also nicht blos die Prudhommes-assesseurs beseitigt, sondern es wurde auch die Einrichtung getroffen, daß die Cantonsbürger zwei Candidaten für die Stelle eines Friedensrichters vorschlagen, daß die Regierung einen dieser Candidaten auf zehn Jahre ernennt, nach deren Ablauf dieselbe Person wieder wählbar ist. Der Friedensrichter muß mindestens dreißig Jahre alt sein; sonst wird nichts gefordert, was über seine Rechtskenntniß, ja überhaupt darüber, daß er ein Mann von Bildung sei, Beruhigung verschaffte. Die Geschäfte des Friedensrichters sind so zahlreich, daß sie nicht blos seine ganze Zeit in Anspruch nehmen, sondern daß auch noch zwei Stellvertreter für den Fall der Verhinderung ernannt werden müssen; die Besoldung ist kärglich (freilich sind die Friedensrichter zum Theil auf Sporteln angewiesen). Unter diesen Umständen ist die Menschenclasse, in welcher man in Frankreich wenigstens Candidaten für das Amt suchen muß, weder eine sehr zahlreiche, noch eine, die große Beruhigung gewährt; wie F e u e r b a c h berichtet, (über die Gerichtsverfassung und über das gerichtliche Verfahren Frankreichs, S. 39), gehören sie meist der Classe der Halbgelehrten an; sie sind ehemalige Schulmeister, Schreiber von Notaren und Anwälten, Huissiers u. dgl. Nach dem Zeugniß desselben gründlichen Beobachters wird die Stellung des Friedensrichters häufig auf höchst unerlaubte Weise ausgebeutet und mißbraucht; und ohne Zweifel würde dies noch viel mehr der Fall sein, wenn nicht auch die Wirksamkeit der Friedensrichter unter der energischen Aufsicht der französischen Staatsanwaltschaft stünde.

Trotz der Bedenklichkeit der erwähnten persönlichen Verhältnisse wird indeß der Segen einer raschen, einfachen und wohlfeilen Procedur so lebhaft empfunden, daß 1838 die Competenz der Friedensgerichte beträchtlich erweitert werden konnte [4]), und daß die statistischen Ergebnisse im Allgemeinen sehr befriedigend sind. So wurden in Frankreich im Jahre 1842 unter 71,771 der Appellation unterworfenen friedensrichterlichen Urtheilen nur 5788 durch dieses Rechtsmittel angefochten; nur 1321 dieser Urtheile wurden abgeändert, 2119 wurden

---

[4]) In der Rheinpfalz fanden, obgleich es dort gelungen ist, alle Friedensrichterstellen mit Juristen zu besetzen, erfahrene Praktiker diese Erweiterung der Competenz doch bedenklich und der Rechtssicherheit nachtheilig. — Arch. f. civ. Praxis XXVIII. 126.

bestätigt; in den übrigen Fällen unterblieb die Entscheidung. Im Jahre 1849 wurden 51,867 der Appellation unterworfene Urtheile gefällt, nur gegen 6625 ward wirklich appellirt. Ebenso wurde in Belgien in den Jahren 1838—1839 unter 4377 Fällen nur in 232 Fällen appellirt (was ungefähr ein Verhälniß von 100: 5 gibt).

In England war das schwerfällige und kostspielige Verfahren vor den ordentlichen Gerichten für minder wichtige Fälle seit lange als durchaus unausreichend erkannt; um so mehr, da bekanntlich jene Gerichte nur in London ihren Sitz haben, und ihre Richter nur periodisch zur Abhaltung der Assisen in die Grafschaften aussenden. Untergeordnete Gerichte, welche meist von feudalen Zeiten her bestanden, waren fast durchaus verkommen, und führten meist nur eine nominelle Existenz. Durch eine Parlamentsacte vom 26. August 1846 (9 und 10 Victor. c. 95) wurden daher Grafschaftsgerichte zur Entscheidung aller Personalklagen, welche auf einen Betrag von höchstens 20 £ gerichtet sind, eingesetzt; ausdrücklich ausgenommen sind von der Competenz Klagen wegen gewaltsamer Besitzentsetzung, und solche, welche sich auf Realvermögen, letztwillige Anordnungen, Niederlassungsverhältnisse, gerichtliche Verleumdung, Injurien, Ehebruch, Verführung oder Bruch eines Eheversprechens beziehen. Ueber die Einrichtung dieser Grafschaftsgerichte ist vor Allem zu bemerken, daß die Regierung ermächtigt ist, die Districte, für welche ein Grafschaftsgericht eingesetzt wird, nach ihrem Ermessen und ohne Rücksicht auf die Grenzen der Grafschaft zu bilden. Für jeden solchen Bezirk (es sind für das Königreich England 60 gebildet worden) bestellt sie einen Richter, welchem die Orte bezeichnet werden, in denen er an den öffentlich bekannt zu machenden Tagen Gericht zu halten hat. Der Richter wird vom Lordkanzler (gute Aufführung vorausgesetzt) für Lebenszeit ernannt; er muß ein Advocat sein, der mindestens sieben Jahre in der Praxis gestanden hat; auch der für ihn in außerordentlichen Fällen (längstens für zwei Monate) zu ernennende Stellvertreter muß ein Advocat mit mindestens dreijähriger Praxis sein. Der Richter kann entweder auf die Sporteln angewiesen werden, welche nach einem sorgfältig festgestellten, den Werth der Streitsache berücksichtigenden Tarif von einem durch die Finanzbehörde bestellten Beamten eingehoben werden, oder er erhält eine fixe Besoldung, welche sich höchstens auf 1200 £ beläuft, in welchem Falle die Sporteln dem Fiskus zukommen [5].

[5]) Es wird aus den Sporteln und Urtheilsgebühren ein Gerichtsfond gebildet,

Außer dem Schatzbeamten ist dem Gerichtshof ein Schreiber beizugeben, welcher dem Stande der Anwälte (attorneys) entnommen wird; er erhält, wenn er nicht auf Sporteln angewiesen ist, eine Besoldung von höchstens 600 £; er wird vom Richter unter Vorbehalt der Genehmigung des Lordkanzlers ernannt, und kann nur wegen Unfähigkeit oder schlechter Aufführung abgesetzt werden. Bedarf er eines Gehilfen, so ernennt und entschädigt er ihn selbst; nur in volkreichen Städten werden zwei Schreiber ernannt. Dazu kommen die vom Richter ernannten Gerichtsdiener, welche die Ladungen und Executionen besorgen und ihre Gehilfen ebenfalls selbst ernennen. Alle diese untergeordneten Beamten müssen für die durch ihre Hände gehenden Gelder Sicherheit bestellen.

Wer vor einem solchen Gericht klagen will, erscheint vor dem Schreiber, welcher in ein dazu bestimmtes Buch die Namen und Wohnorte der Parteien, den kurzen Inhalt der Klage und die Ordnungsnummer dieser letzteren einträgt; sodann wird die Vorladung ausgefertigt, welche die Nummer der Klage und deren wesentlichen Inhalt, so wie die Beweismittel, deren sich der Kläger bedienen will, zu bezeichnen hat. Dem Beklagten steht frei, dem Gerichtsschreiber diejenige Summe, welche er zur vollen Befriedigung des Gläubigers hinreichend erachtet, vor der Verhandlung sammt den Kosten einzuzahlen; dem Kläger ist davon Kenntniß zu geben, und wenn er dann das Verfahren fortsetzt, haftet er dem Beklagten für alle Kosten. — Bei der Verhandlung selbst erscheinen beide Theile persönlich; ein Stellvertreter, der nicht Anwalt oder Advocat ist, wird nur mit besonderer Bewilligung des Richters zugelassen; ein solcher Stellvertreter darf aber keine Belohnung ansprechen; auch der Anwalt (attorney) hat keinen Anspruch auf eine Belohnung, wenn der Streitgegenstand weniger als 40 Schillinge (21 fl. Oest. Währ.) beträgt; er hat in keinem Falle mehr als 15 Schillinge zu fordern. Die Kosten der Zuziehung eines Advocaten oder Anwalts sind dem Kläger dann nicht zu ersetzen, wenn ihm weniger als 5 £ zugesprochen werden, dem Beklagten nicht, wenn der Kläger weniger als 5 £ begehrt hat. Will der Beklagte technische Einreden (special defences) vorbringen, so muß er sich an den Gerichtsschreiber wenden und davon den Kläger in Kenntniß setzen lassen. Bleibt der Kläger aus,

---

auf dessen Rechnung der Schatzbeamte zur Errichtung des Gerichtsgebäudes ein Darlehen aufnehmen kann.

so wird der Proceß aus der Liste gestrichen, wenn nicht der Beklagte selbst das Urtheil für den Kläger ausfertigen läßt. Bleibt der Beklagte aus, ohne sich genügend entschuldigt zu haben, so wird auf einseitiges Anbringen des Klägers hin geurtheilt; dieses Urtheil kann aber, gegen Ersatz der Kosten, wieder aufgehoben werden.

Erscheinen beide Theile, so wird sofort sowohl über die Thatfrage als über die Rechtsfrage verhandelt; es ist Sache der Partei, die Zeugen, auf welche sie sich beruft, rechtzeitig laden zu lassen; die Vorladungen, allenfalls mit dem Befehl, Bücher, Urkunden u. s. w. mitzubringen, werden vom Gerichtsschreiber auf Verlangen der Partei ausgefertigt und durch den Gerichtsdiener zugestellt. Nachdem der Richter Klage und Vertheidigung gehört, vernimmt er in summarischer Weise die Zeugen und fällt sogleich das Urtheil. Er entscheidet sowohl über die That- als über die Rechtsfrage; doch steht es jeder Partei frei, die Zuziehung einer Jury zu verlangen, was ihr wenn es sich um mehr als 5 £ handelt, immer bewilligt werden muß. Sie muß aber zu diesem Zweck ein schriftliches Gesuch anbringen und 5 Schillinge zur Bezahlung der Geschwornen erlegen. Die Jury besteht aus fünf Geschwornen, deren Wahrspruch ein einhelliger sein muß. Die Verhandlungen des Gerichtshofes werden vom Schreiber in ein dazu bestimmtes (tabellarisch eingerichtetes) Buch eingetragen. Handelt es sich um mehr als 5 £, so ist bezüglich der Rechtsfrage eine Berufung an die Obergerichte in London zuläßig, und wenn eine principiell wichtige Rechtsfrage zu verhandeln ist, kann der Beklagte die Abberufung der Rechtssache an eines dieser Obergerichte fordern. (Vgl. Rüttimann. Der englische Civilproceß Lpz. 1851 Beil. II.; Gneist a. a. O. S. 160.)

Der Erfolg, den diese neuen Gerichte erlangten, war ein äußerst glänzender. In tausenden von Fällen beeilten sich die Kläger ihre Forderungen herabzusetzen, um nur vor diesen Gerichten Recht suchen zu können; im Jahre 1848 allein wurden 427, 611 Sachen angebracht; die Gesammtsumme der eingeklagten Beträge belief sich auf 1.346,802 £ und nicht weniger als 86,292 £ wurden sofort nach der Klage gezahlt. Nur in 884 unter jenen 427,711 Fällen wurde die Zuziehung von Geschwornen gefordert, und in 446 Fällen erfolgte der Wahrspruch für die Partei, welche Geschworne gefordert hatte; in Manchester waren 13,169 Klagen anhängig, aber in keinem einzigen Falle ward ein Antrag auf Zuziehung von Geschwornen gestellt. Das Vertrauen zu den

Grafschaftsgerichten wuchs so sichtlich, daß ein Gesetz vom 14. August 1850 ihre Competenz bis zu Beträgen von 50 £ erweiterte, und es den Parteien freistellte, selbst bei höheren Beträgen sich dem Grafschaftsgericht zu unterwerfen — eine Bestimmung, welche auf heftigen Widerstand stieß, weil man allzuängstlich eine Gefährdung des Institutes der Civiljury darin sah.

Allerdings muß man vor Allem berücksichtigen, daß die Persönlichkeit der Richter eine das Vertrauen weckende ist. Die Regierung konnte bei Besetzung der Stellen unter den ausgezeichneteren und tüchtigeren Advocaten wählen; Männer wie Starkie und Dowling, zu den bedeutendsten juristischen Schriftstellern des Landes zählend, wurden zu Richtern ernannt. „Die Grafschaftsrichter," sagt Mittermaier (dessen Aufsatz im Arch. f. civ. Praxis XXXIV. 128 ff. wir vorstehende Daten entnehmen) „sind keine jungen Männer, die erst ihre juristische Laufbahn beginnen, und durch den Mangel der Uebung und ihre noch wenig gesicherte Stellung nicht das nöthige Vertrauen einflößen können; sie sind Juristen, die seit langer Zeit als Anwälte die Rechtsübung kennen lernten." Nicht weniger trägt allerdings zum Erfolg der Grafschaftsgerichte der Umstand bei, daß bei ihrer Einführung ein Experiment gemacht wurde, dessen Gelingen auch auf den Civilproceß vor den Obergerichten epochemachend zurückwirkte; es wurde nämlich den Parteien das Recht eingeräumt, sich gegenseitig als Zeugen unter dem Zeugeneid in der Sitzung zu befragen. (Vgl. auch Torrent. Die englischen Grafschaftsgerichte. Krit. Zeitsch. f. Rechtsw. XXVI 389 ff. u. XXVII 90 ff).

Wenden wir uns nun der Darstellung der in Preußen bestehenden Einrichtungen zu, so ist es wohl überflüssig, darauf aufmerksam zu machen, wie lehrreich und für die Entwicklung des Civilprocesses aller Länder bedeutsam das große und originelle Experiment ist, welches unter dem Einfluß der bekannten Auffassung Friedrichs II. in der allgemeinen Gerichtsordnung gemacht wurde. Auf dem Grundgedanken völliger Beseitigung des Anwaltsstandes beruhend, auf das thätige, Alles zurechtlegende Eingreifen des Richters Alles bauend, entsprach das Gesetz zwar weit verbreiteten Lieblingswünschen, und mag es wohl geeignet gewesen sein, tief eingewurzelte Mißbräuche auszurotten; allein in Widerspruch getreten mit der unbesiegbaren Natur der Dinge schuf

es nur einen lebensunfähigen Proceß, und es hat, obgleich formell noch giltig, längst jede andere Wirkung verloren, als die eines großen, für alle Zeiten belehrenden Beispiels. Der Gang der Processe wurde in einer unerträglichen Weise aufgehalten, das Proceßführen den Parteien durch vielfache Unannehmlichkeiten verbittert, während sie zugleich das Schicksal ihrer Sache fast ausschließlich in den Händen von Personen sahen, auf welche sie keinen Einfluß hatten. Dabei wuchs die Last der richterlichen Geschäftsführung immer an, — in vierzig Jahren hatte sie sich verzehnfacht, — und da es nicht anging, die Zahl der Richter entsprechend zu vermehren, sah man sich genöthigt, „statt erfahrenen Räthen und Gerichtsbeisitzern, welche der Last der Geschäfte erlagen, größtentheils angehenden Beamten, Referendarien und Auscultatoren die Instruction der Processe anzuvertrauen, und die Vorschriften der Gerichtsordnung wichen einer weniger umständlichen Praxis." (Allg. Preuß. Staatszeit., 1838, Nr. 180; s. Abegg, Geschichte der Preuß. Civilproceßgesetzgebung. Bresl. 1848, S. 226.)

Am meisten zeigte sich die Unbrauchbarkeit der allgemeinen Gerichtsordnung, obgleich diese den Bagatellsachen einen besonderen Titel (Thl. I. Titel XXVI.) gewidmet hatte, in solchen Sachen, „wo eine schleunige Entscheidung nothwendig, aber auch nach der Natur der Sache am leichtesten möglich war." Schon eine für Posen erlassene Verordnung (vom 9. Februar 1817) hatte einen neuen Weg betreten, welcher nunmehr weiter verfolgt wurde. Eine Verordnung vom 1. Juni 1833 war zunächst nur auf drei besondere Proceßarten berechnet; es war ihr aber bestimmt, zur Umgestaltung des ganzen preußischen Civilprocesses zu führen. Die Verordnung, welche übrigens auch in der Buntheit der früheren preußischen Gerichtsorganisation Schwierigkeiten fand, welche wir hier nicht weiter zu berücksichtigen brauchen, handelt vom Mandats- und Bagatellproceß und vom summarischen Verfahren. Das gegenseitige Verhältniß dieser drei Processe ist so geordnet, daß der Mandatsproceß dem Bagatellverfahren, dieses dem summarischen Proceß vorgeht.

Der Mandatsproceß, der allgemeinen Gerichts-Ordnung, dem Namen nach völlig, theilweise auch der Sache nach fremd (s. §. 15 Tit. 28 Thl. I. der a. G. O.), findet statt: 1. Wegen aller Verbindlichkeiten aus einseitigen Geschäften, wenn darüber eine öffentliche inländische Urkunde oder eine von einem inländischen Gericht oder Notar legalisirte

vorliegt. 2. Wegen Forderungen, die aus dem Hypothekenbuche hervorgehen 3. Wegen der Ansprüche aus einem die Execution nicht mehr zulassenden Erkenntnisse, seit dessen Rechtskraft noch nicht 5 Jahre verflossen sind. 4. Wegen einer beträchtlichen Anzahl anderer in dieser Hinsicht (meist aus öffentlichen Rücksichten) privilegirter Forderungen, z. B. die der Geistlichen, Anwälte, Notare, Aerzte, Apotheker, Schulanstalten u. s. w.

Bagatellsachen sind ohne Unterschied alle diejenigen Proceßsachen, deren nach Geld zu schätzender Gegenstand 50 Thaler nicht übersteigt, und welche sich nicht zum Mandatsprocesse eignen.

Der summarische Proceß sollte eintreten: 1. In allen Fällen, in welchen früher der Executivproceß stattgefunden hatte; 2. bei Klagen aus Urkunden über zweiseitige Geschäfte, wenn sie die früher erwähnte Glaubwürdigkeit gewährende Form hatten; 3. aus Privaturkunden über Darlehens-, Verwahrungs- und Leihverträge, über Kauf-, Tausch-, Lieferungs- und Miethverträge, über versprochene Pensionen, Besoldungen, Alimente, Renten und alle zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Leistungen; 4. wegen gewisser in dieser Hinsicht privilegirter Forderungen der Fabriksunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker für Arbeiten und gelieferte Waaren, so wie für Vorschüsse an ihre Arbeiter, Forderungen ärztlicher und Lehrhonorare, Gesinde- und Taglohn, Fuhr- und Frachtgeld, Forderungen der Gast- und Speisewirthe.

Den Mittelpunkt der Vorschriften über das Verfahren bildet das für den summarischen Proceß Angeordnete. Die Klage ist dem Gericht schriftlich zu überreichen oder dort zu Protokoll zu geben; findet das Gericht sie vollständig und begründet, so wird der Geklagte unter abschriftlicher Mittheilung derselben und ihrer Beilagen zu dem für die Klagebeantwortung vor einem Deputirten des Gerichts anberaumten Termin vorgeladen; die (lithographirte) Vorladung belehrt ihn über die dem etwaigen Stellvertreter (einem Advocaten) zu ertheilende Vollmacht, über die Nothwendigkeit der Klagebeantwortung, der Angabe der Beweise, der Mitbringung der Urkunden, über die Folgen des Ausbleibens und darüber, daß eine Verlegung des Termins ohne Zustimmung des anderen Theils nur einmal stattfindet und auch in diesem Falle nur, wenn die Ursachen, welche am Erscheinen hindern, durch von öffentlichen Behörden oder anderen glaubwürdigen Personen an Eidesstatt ausge-

stellte Atteste oder auf andere Art sofort bescheinigt werden. Der Richter kann übrigens nach den Umständen des Falles die Frist, welche regelmäßig für 14 Tage zu bestimmen ist, erweitern oder kürzen. Auch bei Anberaumung eines neuen Termines soll er zwar jene Grenze einhalten; „doch muß die Frist auch mit Rücksicht auf die Hinderungsursachen dergestalt verlängert werden, daß dem Verklagten Zeit zur Vertheidigung seiner Rechte bleibt.“ Sobald dann die bestreitende Beantwortung der Klage erfolgt ist, werden die Parteien zur mündlichen Verhandlung der Sache vor das erkennende Richtercollegium mit der Aufforderung geladen, die nur in Abschrift beigebrachten Urkunden urschriftlich zur Stelle zu bringen. Die mündliche Verhandlung, für welche nach der Verordnung von 1833 nur beschränkte Oeffentlichkeit galt, wird durch eine von dem Deputirten oder einem anderen im Collegium nicht sitzenden Beamten des Gerichtes zu liefernde kurze, mündliche Darstellung der Sache eröffnet. Sodann halten die Parteien in Person oder durch einen Rechtsanwalt ihre mündlichen Vorträge, wobei dem Verklagten das letzte Wort gebührt. Werden dabei von einer Partei neue Thatsachen vorgebracht, von deren Vorbringung sie nicht bereits präcludirt ist und auf welche die andere Partei nicht vorbereitet sein konnte, so ist durch mündliche Verfügung des Gerichtes die Verhandlung auf eine andere Sitzung zu vertagen. Das Urtheil oder die Beweisresolution wird sofort nach der Verhandlung (und längstens binnen acht Tagen nach derselben) geschöpft und verkündigt. Zur Beweisaufnahme wird ein Commissär bestellt und über das Resultat wird in einer neuen Sitzung mündlich verhandelt. Ueber die Verhandlung wird ein Protokoll aufgenommen, welches außer den Namen u. s. w. den Streitgegenstand, den Gang der stattgefundenen Verhandlungen im Allgemeinen, die Zugeständnisse der Parteien, deren Aufzeichnung verlangt wird, so wie diejenigen Erklärungen der Parteien, deren Aufnahme das Gericht für erheblich hält, wiedergeben soll.

Von diesem summarischen Verfahren unterscheiden sich nun der Mandats- und Bagatellproceß nicht wesentlich, sondern nur in untergeordneten Formen.

Abgesehen nämlich davon, daß namentlich im Mandatsproceß nur solche Einwendungen zulässig sind, welche sofort durch Urkunden, Eideszuschiebung oder solche Zeugen, deren unverzüglicher Abhörung kein Hinderniß entgegensteht, liquid gemacht werden können, und daß in jedem

Falle dem unterliegenden Theil der ordentliche Rechtsweg vorbehalten bleibt — wird zugleich mit dem Zahlungsbefehl dem Geklagten die Anweisung ertheilt, daß er seine Einwendungen binnen 14 Tagen schriftlich oder zu Protokoll einzubringen habe, widrigenfalls auf Antrag des Klägers die Execution verfügt werden würde. Sind zulässige Einwendungen vorgebracht worden, so wird hievon der Gegner verständigt, und gleichzeitig werden beide Theile sammt den vom Beklagten namhaft gemachten Zeugen zur mündlichen Verhandlung geladen, welche sich im Uebrigen nach den Vorschriften über das summarische Verfahren, und falls es sich um einen fünfzig Thaler nicht übersteigenden Betrag handelt, nach denen über den Bagatellproceß richtet.

Dieser Letztere hat vor Allem die Eigenthümlichkeit, daß er immer vor einem Einzelrichter verhandelt wird, während im Mandats- und summarischen Proceß ein Collegium von drei Richtern die mündliche Verhandlung abhält. Sodann ist er dadurch ausgezeichnet, daß zwar auch hier die Klage in Abschrift dem Verklagten mitgetheilt wird, daß jedoch kein Termin zur Klagebeantwortung, sondern sofort die mündliche Verhandlung anberaumt wird. Bei dieser Verhandlung können die Beweise sogleich aufgenommen und die Zeugen, welche sich am Orte des Gerichtes befinden, unverzüglich zur Gerichtsstelle beschieden werden. Nach beendigter mündlicher Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen, welches das Sachverhältniß, die Streitpunkte und die Anträge der Parteien nur im Resultat enthält, überhaupt den Hergang so darzustellen hat, daß es den historischen Theil des abzufassenden Erkenntnisses bildet. In Bagatellsachen findet zwar keine Appellation, wohl aber ein Recurs statt, über welchen, wenn er berücksichtigt wird, mündlich zu verhandeln ist.

Wie wohlthätig die neuen Einrichtungen wirkten, ergibt sich aus dem Umstande, daß nach amtlichen Berichten ein nach der allgemeinen Gerichtsordnung geführter Proceß durchschnittlich $1^1/_2$ Jahre, ein summarischer Proceß etwas über 5 Monate, ein Bagatellproceß etwas über 2 Monate dauert. Das den Parteien eingeräumte Recht, sich auf das summarische Verfahren zu einigen, wurde reichlich benützt; es betrug die Zahl der ordentlichen Processe in Preußen

im Jahre	1833 . .	558,732
„ „	1834 . .	216,148
„ „	1835 . .	124,313

im Jahre 1837 . . 93,855
„ „ 1838 . . 88,565 (Archiv für civil. Praxis XXVIII. 119 ff.)

Es war also offenbar nur die Anerkennung einer bereits vollbrachten Thatsache, wenn durch Verordnung vom 21. Juli 1846 das bisherige summarische Verfahren mit einigen auf schwierigere Fälle berechneten zweckmäßigen Modificationen als ordentlicher Proceß erklärt wurde, zu welchem der Mandats- und Bagatellproceß in ihrem bisherigen Verhältniß blieben. Im Jahre 1847 (7. April) wurde dann für den nunmehr durchaus mündlichen Proceß auch wahre Oeffentlichkeit gewährt.

In den neuesten legislativen Arbeiten anderer deutscher Staaten zeigt sich entschieden der Gedanke vorherrschend, daß durch allgemeine Einrichtungen für die Beschleunigung und Vereinfachung des Processes Sorge getragen werden müsse, während man sodann einen eigens geformten Proceß für geringfügige Sachen entbehren zu können meint, ja denselben für schädlich erklärt. So kennt z. B. die badische Civilproceßordnung ein abgekürztes Verfahren, welches namentlich dann eintritt, wenn der Werth des Streitgegenstandes 150 fl. nicht übersteigt; allein dieses abgekürzte Verfahren richtet sich ganz nach den allgemeinen Bestimmungen über das mündliche Verfahren, d. h. es wird sogleich über die Klage die Verhandlung anberaumt, und in dieser nach mündlicher Feststellung der Streitpunkte über diese und über die beiderseits vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen und gestellten Anträge ein Protokoll aufgenommen. (Nur Streitsachen, deren Gegenstand weniger als 50 fl. beträgt, werden immer vor einem Einzelrichter verhandelt; bei Beträgen bis 150 fl. können die Parteien selbst dann, wenn die Streitsache bei einem Collegialgericht anhängig ist, freiwillig vor dem dazu beauftragten einzelnen Gerichtsmitglied erscheinen.) Noch weiter als die badische Proceßordnung geht hierin der hessische Entwurf.

Beide Gesetzgebungsarbeiten haben aber ein anderes Mittel gefunden, die Bürde der Gerichte zu erleichtern, und den Parteien rasch zu ihrem Recht zu helfen. Dieses Mittel sehen sie in der Ausdehnung des Mandatsprocesses oder richtiger in der analogen Anwendung einer seiner Formen. Der eigentliche Mandatsproceß nämlich tritt dann ein, wenn der Kläger „alle Thatsachen, welche seiner auf Erfüllung einer persön-

lichen Verbindlichkeit gerichteten Klage zum Grunde liegen und die Verbindlichkeit des Gegners in allen Beziehungen außer Zweifel setzen, sofort mit fehlerfreien, in Urschrift beigebrachten öffentlichen Urkunden zu erweisen vermag." In solchen Fällen wird ein unbedingter Zahlungsbefehl erlassen; es tritt die dem Mandatsproceß eigenthümliche Wirkung des Ausschlusses aller mit rascher Entscheidung der Sache unvereinbarlichen Einreden und Vertheidigungsmittel nach der Regel: Solve et repete! ein.

Die Form, in welcher im Mandatsproceß die erste Verfügung an den Beklagten ergeht, hat nun aber einen Anhaltspunkt für jene zahllosen Fälle geboten, in welchen ein eigentlicher Rechtsstreit nicht besteht, sondern lediglich einem säumigen Schuldner gegenüber Execution geführt werden soll. Es bleibt natürlich, da von vornherein nicht geurtheilt werden kann, nichts übrig, als den Gläubiger zur Klage zu verhalten und eine Verhandlung über die Klage anzuberaumen. Das genügt aber, um dem Geklagten, welcher, auch wenn er von der Verhandlung ausbleibt, deren Kosten zu tragen hat, häufig zur Proceßführung zu verleiten; und selbst die Contumacialverhandlung bringt unnöthige Arbeit und unnöthigen Kostenaufwand mit sich. Ein auf einseitiges Anbringen des Klägers erlassener bedingter Zahlungsbefehl, welcher in einen unbedingten erst übergeht, wenn Beklagter nicht innerhalb einer gewissen Zeit selbst die gerichtliche Verhandlung begehrt, vermeidet alle diese Uebelstände. Genau genommen handelt es sich also hier nur um eine gerichtliche Mahnung, da am Proceß selbst, wenn der Beklagte darauf beharrt, nichts geändert ist. Die Einrichtung bestand namentlich im Großherzogthum Hessen seit dem 31. December 1829 und hat sich daselbst vortrefflich bewährt. In den Geschäftsjahren $18^{50}/_{51}$—$185^{4}/_{5}$ wurden 802,196 Mahnzettel erlassen, und nur gegen 104,165 wurde ein Einwand angezeigt; es wurden somit drei Viertheile aller bestehenden Streitigkeiten durch die bloße Einleitung des Mahnverfahrens behoben. Das Verfahren empfiehlt sich also überall da, wo es sich um Geld oder vertretbare Sachen handelt; in diesem Falle wird daher im preußischen Bagatellproceß (nach §. 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846) die Verfügung über die Klage immer in der Form des Mandats erlassen; die badische Civilproceßordnung hat einen eigenen den „bedingten Zahlungsbefehlen" gewidmeten Titel (33). In den Motiven zum großh. hessischen Entwurf heißt es: „Das

Mahnverfahren in Verbindung mit bedingten Zahlungsbefehlen findet statt, wenn ein Gläubiger, welcher nicht sofort eine Klage gegen seinen Schuldner erheben, vielmehr nur vorerst einen Versuch machen will, ob derselbe ohne Widerspruch seiner Verbindlichkeit nachzukommen bereit sei, bei dem Stadt- oder Landgerichte, bei welchem die Schuldklage erhoben werden müßte, unter Angabe des Rechtsgrundes und des Betrages seiner Forderung, mündlich oder schriftlich darum nachsucht, dem Schuldner einen Mahnzettel zugehen zu lassen (Art. 738). Ist nun das Gesuch wegen offenbarer Gesetzwidrigkeit der Forderung des Gläubigers unstatthaft oder ist es mangelhaft, so wird der Richter dasselbe im ersten Falle sofort verwerfen, im zweiten Falle aber vorerst durch zweckmäßige Fragen oder schriftliche Vorverfügung die nöthige Ergänzung oder Verbesserung veranlassen. Ist aber das Gesuch gehörig gestellt, so verfügt der Richter, wenn der Schuldner rechtlich noch zur Zahlungsleistung fähig, also gegen denselben weder eine gerichtliche Vermögensbeschlagnahme, noch eine öffentliche Gläubigeraufforderung ergangen ist (Art. 747), die Behändigung eines den Rechtsgrund und den Betrag der Forderung enthaltenden Mahnzettels an den Schuldner, mit der Aufforderung, binnen einem bestimmten Termine entweder den Gläubiger zu befriedigen, oder rechtlichen Einwand anzuzeigen, widrigenfalls aber die Vollstreckung zu gewärtigen (Art. 740). Erklärt darauf der Schuldner noch vor oder in dem bestimmten Termine, oder doch wenigstens noch vor Erlassung des Zahlbefehls schriftlich oder mündlich, daß er Einwand zu erheben habe, so ist das Mahnverfahren, das eben darum keine Bescheinigung der Forderung voraussetzt, zu Ende, und der Gläubiger wird, nachdem die Erklärung des Gemahnten kurz protokollirt worden ist, von dem Richter auf den Weg der Klage verwiesen (Art. 741). Bleibt aber der Schuldner in dem bestimmten Termine aus, oder erklärt er keinen Einwand erheben zu wollen, so wird ihm jetzt von dem Gerichte, auf Anrufen des Gläubigers, unbedingt aufgegeben, letzteren binnen einer bestimmten Frist, bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung, zu befriedigen (Art. 742). Ist diese Frist nutzlos verstrichen, so erfolgt nunmehr die Einleitung der Execution gegen den Schuldner (Art. 743), und dieser kann folgerecht jetzt nur noch mit solchen Einreden gehört werden, welche gesetzlich im Executionsverfahren noch zulässig sind, es sei denn, daß er gegen den ergangenen Zahlbefehl eine zugleich gegen die Gefahr von Rechtser-

schleichungen sichernde Restitution erlangt, oder den Betrag der Forderung nebst den entstandenen sämmtlichen Kosten des Verfahrens bei Gericht hinterlegt, oder für die Zahlung der Forderung hinreichende Sicherheit durch Pfand geleistet hat (Art. 744). In diesen Fällen tritt, unter Aufhebung des Zahlbefehls, ganz dieselbe Procedur ein, wie da, wo der Schuldner von vornherein Einwand zu haben erklärt hat. Nur muß der Schuldner stets die durch den Erlaß des vergeblichen Zahlbefehls und die seitdem entstandenen Kosten tragen. Doch sind hiervon diejenigen Kosten ausgenommen, welche durch die Gebühren des von dem Gläubiger ausgenommenen Anwaltes entstanden sind, indem diese Kosten nicht als nothwendige anzusehen sind, da es sich im Mahnverfahren nur von einfachen Schuldforderungen handelt, und die Bestellung eines Anwaltes zur Einleitung dieses Verfahrens überflüssig ist, folglich die Bezahlung des Anwaltes dem Theile anheim fallen muß, der sich dessen ohne Noth bediente (Art. 744)."

III.

Uebersieht man nun das hier gebotene Material, und sucht man sich über die Lehren klar zu werden, welche aus dem Beispiel und den Erfahrungen dieser verschiedenen Länder zu gewinnen sind, so dürfte folgendes Ergebniß als das richtige anzusehen sein.

Vor Allem thut es Noth, dem Processe seine ursprüngliche Gesundheit und Einfachheit wiederzugeben; es muß wieder feststehen, daß er wesentlich in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte selbst bestehe, und daß dieses unter dem unmittelbaren Eindruck der geführten Verhandlung sein Erkenntniß zu fällen habe. Das gilt allerdings nicht blos für geringfügige Sachen, aber es setzt sich bei ihnen am leichtesten durch, weil die Schwerfälligkeit der Protokolle und Referate in zu grellem Widerspruche mit der Geringfügigkeit dieser Sachen steht. Einmal für diese eingeführt, wird es freilich, wie das Beispiel Preußens zeigt, unvermeidlich dahin führen, daß das wieder erstehe, was, abgesehen von drei nicht vollen Jahrhunderten, zu allen Zeiten und in allen Ländern als der naturgemäße Proceß anerkannt wurde. Eben darum aber ist mit der bloßen Wiederherstellung der Mündlichkeit für die Befriedigung jener besonderen Bedürfnisse, welche bezüglich geringfügiger Sachen als bestehend anerkannt werden müssen, nicht Alles gethan. Die unmittelbare Verhandlung vor dem erkennenden

Richter wird unter allen Umständen, indem sie ein sicheres Mittel bietet, das herauszufinden, was dem individuellen Fall nöthig ist, gegen Umtriebe, Chicanen und Verschleppungen wirksamen Schutz gewähren, ohne daß darum die Möglichkeit der Vertheidigung gefährdet würde. Weiter aber darf man auch in geringfügigen Sachen nicht gehen; auch dort muß Recht Recht bleiben und das Gericht darf nicht dulden, daß um der bloßen Beschleunigung willen auch solche Proceßhandlungen verweigert werden, von denen unzweifelhaft ist, daß ihrer die Partei bedarf, um ihr Recht wirksam zu schützen. Die Verhandlung wird also im Bagatellproceß, oder wie immer man ihn nennen mag, doch wesentlich keine andere sein können, als im ordentlichen (mündlichen) Verfahren. Die Vereinfachungen, welche eintreten, können sich daher nicht auf den Gang der Verhandlung selbst beziehen, wohl aber:

1. auf die Vorbereitung derselben. Daß die vorläufige Anbringung einer schriftlichen Klage in manchen Beziehungen höchst wünschenswerth sei, läßt sich wohl nicht verkennen; die Klage gibt dem ganzen folgenden Verfahren eine feste Grundlage, erspart manche Aufzeichnungen, welche sonst später etwa nöthig werden könnten; vor Allem aber wird durch ihre Mittheilung der Beklagte in den Stand gesetzt, sich für die Verhandlung vorbereiten zu können, so daß der ergiebigste Anlaß, Vertagungen der Verhandlung mit einem Schein von Billigkeit zu fordern, beseitigt ist. Andererseits müssen jedoch diese Vortheile theuer erkauft werden. Begnügt sich der Richter mit jeder beliebigen, noch so schlecht gearbeiteten Klage, so wird das Schriftstück weit häufiger eine Quelle der Verwirrung und ein Hinderniß der Verhandlung sein, als ein Mittel der Aufklärung und Förderung. Muß er für ihre Verbesserung Sorge tragen, wie in unserem summarischen Verfahren, so erwachsen daraus ihm und dem Kläger Mühseligkeit und Zeitverlust, ja, es ist selbst die Gefahr nahe, daß Voreingenommenheit des Richters entstehe. Abgesehen aber auch davon, wird es nicht an Solchen fehlen, welchen selbst die Verfassung der einfachsten Klage unmöglich ist; für diese ist also oft schon die Ueberreichung der Klage mit einem vielleicht unverhältnißmäßigen Kostenaufwand verbunden. Man sieht sich daher bald genöthigt, die Klagen auch zu Protokoll zu nehmen. Wie groß aber die Arbeitslast ist, welche für das Gericht, der Zeitverlust, welcher für beide Parteien daraus entsteht, daß der Kläger warten muß, bis der Richter Zeit gefunden, ihn anzuhören, bis er sich ihm über einen Gegen-

stand verständlich gemacht, der später ja doch noch einmal zu erörtern ist, und daß weiters dem Beklagten eine Abschrift des über die Klage aufgenommenen Protokolls zuzustellen ist, kann als hinlänglich bekannt angesehen werden. Auch dürfte nicht blos die langjährige Erfahrung Frankreichs, die in dieser Beziehung eigentlich noch ältere Englands, das Beispiel mancher deutschen Länder dafür sprechen, daß eine förmliche Klage in geringfügigen Sachen gar wohl entbehrt werden könne; sondern es sprechen dafür auch Erfahrungen, welche bei Anwendung des Gesetzes über das summarische Verfahren bei uns gemacht werden, da bekanntlich nach der Praxis vieler Gerichte der Beklagte zur Verhandlung lediglich vorgeladen und die Klage erst in seiner Gegenwart nach vergebens angestelltem Vergleichsversuch zu Protokoll genommen wird.

Es wird also eine einfache Vorladung des Beklagten, welche das Begehren des Klägers und den Entstehungsgrund des Anspruches kurz bezeichnet (z. B. 100 fl. für verkauftes Holz u. dgl.), vollkommen genügen, und es entsteht nur die Frage, ob in jenen Fällen, wo ein bestimmter Betrag eingeklagt wird, nicht die Form des Mahnzettels aus den früher schon dargelegten Gründen vorzuziehen wäre. Das einzige Bedenken, welches dagegen erhoben werden könnte, besteht darin, daß durch die Nothwendigkeit einen Termin zur Anbringung des Widerspruches zu bestimmen, der Beginn des Processes um einige Zeit hinausgeschoben wird; auch ist im Falle eines Widerspruches doppeltes Angehen und eine doppelte Verfügung des Gerichtes nothwendig. Indeß könnte wenigstens in dem Falle, wo Kläger und Beklagter in derselben Gemeinde oder in nächster Nähe wohnen, der Gemeindevorstand den Mahnzettel im Namen des Gerichtes ausfertigen. Der Beklagte wäre dann anzuweisen, diesen Mahnzettel (das bedingte Mandat) mit der einfachen Bemerkung, daß er Widerspruch erhebe, dem Gericht zu überreichen oder einzusenden, welches sohin an beide Theile die Vorladung zur Verhandlung erläßt. Ueberdies könnte es dem Kläger immerhin freigestellt bleiben, die sofortige Vorladung zur Verhandlung, ohne vorausgegangenes bedingtes Mandat, zu begehren.

2. Von viel größerem Einflusse auf den Verlauf des Processes ist die Frage über die Protokollführung. Fragt man nämlich nach den Ursachen des so geringen Erfolges, welchen das Gesetz vom Jahre 1845 über das summarische Verfahren hatte, so zeigt sich bald, daß (ab-

gesehen von dem durch Abschwächung der Verhandlungsmaxime angerichteten Schaden) der Grund in der Nothwendigkeit vollständiger Protokollführung liegt. Wenn Einrede, Replik und Duplik und Alles, was Dank dem §. 25 des Gesetzes über das summarische Verfahren noch nachgetragen werden darf, „in gehöriger Ordnung zu Protokoll gebracht" werden muß; dann ist freilich des Verhandelns und des Verschleppens der Verhandlung kein Ende, mag nun der Richter das Geschäft des Dictirens übernehmen, oder dasselbe den Parteien überlassen bleiben. Drei bis vier Stunden reichen dann oft für die einfachste Sache nicht aus, und der von anderen Geschäften gedrängte Richter muß freudig jeden Anlaß benützen, der eine Abbrechung der Verhandlung begünstigt.

Es müßte dagegen der Richter ein in arger Weise unbeholfener Mann sein, der nicht nach einer rein mündlichen Verhandlung von längstens einer Stunde, der nicht oft schon nach einer Viertelstunde den wirklichen status causae et controversiae so klar übersieht, daß er im Stande ist, einen Ausspruch zu thun oder doch wenigstens die eines Beweises bedürftigen Thatsachen zu formuliren und die vorhandenen Beweismittel zu constatiren. Es ist das keine Vermuthung, die blos in der Luft steht; nicht blos die Erfahrungen in England und Frankreich beweisen, daß man gar wohl in einer Audienz 5—10 und oft viel mehr solcher kleiner Processe abthun könne; wir brauchen uns nur auf die Erfahrungen zu berufen, welche unter der Herrschaft der Strafproceßordnung von 1850 in Uebertretungsfällen und selbst in Processen wegen Vergehen und minder schwerer Verbrechen gemacht wurden.

Nicht das eigentliche Geschäft des Rechtssprechens, das Anhören der Parteien und die innerliche Fixirung eines Urtheils ist es also, was den Proceß schleppend und die Verhandlung langwierig macht, sondern lediglich die Nothwendigkeit, ein getreues Bild dieser Verhandlung zu Papier zu bringen, — der vergebliche Versuch, Abwesenden es möglich zu machen, von allem Vorgefallenen ganz so Kenntniß zu nehmen als wären sie anwesend. Auf diesen Versuch des Unmöglichen muß man nun eben verzichten, und so wie dies geschehen, ist das Haupthinderniß einer gesunden, raschen und einfachen Justiz beseitigt.

Allerdings ist nicht daran zu denken, daß schriftliche Aufzeichnungen durchaus zu entbehren wären. Der Umfang, in welchem sie nöthig sind,

hängt aber eben von drei verschiedenen Zwecken ab, welche durch sie erreicht werden sollen.

Gewiß muß unter allen Umständen dafür gesorgt werden, daß künftig über das, was geurtheilt worden, kein Zweifel sein könne; das Erkenntniß also muß zu Papier gebracht werden, und es muß neben der genauen Bezeichnung der Parteien und neben der richterlichen Disposition auch ein in wenige Worte gar wohl zusammenzufassende Bezeichnung des thatsächlichen Klagfundaments (unter Umständen, wie z. B. wo es sich um Compensation handelt, auch des Fundaments der Einreden) enthalten. In weitaus den meisten Fällen wird dies aber unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der die Verhandlung leitende Richter selbst und sogleich das Urtheil spricht, vollkommen genügen. Die englische Einrichtung, nach welcher die Verhandlungen und Urtheile in tabellarisch geführte Bücher eingetragen werden, empfiehlt sich hier unbedingt zur Nachahmung.

Doch können Gründe eintreten, um derentwillen dafür gesorgt werden muß, daß auch die Ergebnisse der Verhandlung selbst der Gefahr der Vergessenheit entzogen werden. Der nächste wäre der, daß Zeugen vernommen werden müssen, welche nicht anwesend sind, oder daß andere Beweisaufnahmen erforderlich sind, die eine Aufschiebung der Definitiventscheidung nöthig machen. Soll das Gericht nicht der Gefahr ausgesetzt werden, daß in der Zwischenzeit die bereits gewonnene Basis der Entscheidung wieder verloren gehe, so muß allerdings der Stand der Sache, wie er zu der Zeit, wo die Abbrechung der Verhandlung eintrat, dem Richter vorlag, zu Papier gebracht werden. Der Richter muß in einem solchen Falle eine gedrängte Darstellung der Ergebnisse der Verhandlung, wie sie in jedem gewissenhaft gearbeiteten Referat, in den Entscheidungsgründen jeder richterlichen Verfügung zu finden sein muß, in Anwesenheit der Parteien dictiren, — eine Darstellung, welche zugleich den historischen Theil der Motive des ergehenden Interlocuts bildet. Dies hat nicht blos den Vortheil, daß nach erfolgter Beweisführung die Wiederaufnahme der Verhandlung sehr einfach ist, sondern daß auch ein solches Interlocut in Fällen, in welchen die Requisition einer anderen Behörde erforderlich ist, Ersuchschreiben und Beweisartikel überflüssig macht.

Die wichtigste Bestimmung, welche die Protokollführung bei uns hat, ist nun freilich die, dem Richter höherer Instanz es möglich zu

machen, ganz dasselbe Material seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, welches dem Richter erster Instanz vorlag; das wird aber an sich schon unmöglich, sowie einmal der Satz feststeht, daß der erste Richter nicht auf Grund eines Protokolles, sondern auf Grund des unmittelbaren Eindrucks der Verhandlung sein Urtheil fällt. Auf der vollständigen Aufzeichnung der Verhandlung um der Appellation willen beharren, heißt von diesem Augenblick an, reelle Vortheile um eines imaginären Gewinnes willen, ja eigentlich nur zur Forterhaltung einer Quelle verderblicher Irrthümer aufgeben. Urtheilt der erste Richter nach unmittelbarer Anschauung, der zweite und dritte blos nach Acten, so ist die Appellation eine Berufung a judice bene informato ad pejus informandum. Jeder, der unseren gegenwärtigen Strafproceß in seiner Wirksamkeit beobachtet hat, weiß wie wahr das ist; es bedingt ja das Mißverhältniß zwischen der Mündlichkeit in erster Instanz und der Schriftlichkeit im Berufungsverfahren eine seiner tiefsten Wunden.

Man wird uns also beistimmen, wenn wir von der Ansicht ausgehen, daß, wahre Mündlichkeit in erster Instanz einmal zugelassen, auch über die Appellation mündlich verhandelt werden muß. Ist dies zugegeben, so genügt eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Verfahrens erster Instanz in der früher bezeichneten Weise, um dafür zu sorgen, daß in zweiter Instanz das in der ersten betretene Terrain nicht verlassen werde, daß also an der ganz zweckmäßigen Regel des österreichischen Processes festgehalten werde, nach welcher in zweiter Instanz Neuerungen ausgeschlossen sind.

3. Es führt uns aber das eben Besprochene zu einem anderen sehr wichtigen Punkte: zu der Frage, ob und in welchem Umfange R e c h t s m i t t e l gegen die in geringfügigen Sachen ergehenden Erkenntnisse zulässig sein sollen? Wir sehen uns hier gedrängt, sogleich unsere Ueberzeugung auszusprechen, daß auch im Civilproceß der Berufung gegen die Entscheidung der Thatfrage ein viel zu weiter Spielraum gelassen ist, und daß gerade damit ein großer Theil jener Uebelstände zusammenhängt, welche dem Ansehen der Justiz, dem Wohle der Bevölkerung, ja dem Rechtlichkeitssinn derselben so nachtheilig sind, — welche das Proceßführen an sich schon zu einem Unglück machen. Die S c h r i f t l i c h k e i t mit ihren verderblichen Folgen kam in den Proceß nur durch den Wunsch, die Appellation (oder doch die Einholung des Spruches eines

entfernten Richtercollegiums) möglich zu machen; damit aber nicht genug! Die starre Beweistheorie des gemeinen, und nun gar unseres österreichischen Processes ist nur eingeführt und nur beibehalten worden, weil es wünschenswerth schien, dem Richter erster Instanz nachrechnen, ihm schlagend nachweisen zu können, daß er nicht richtig geurtheilt habe. Blos um dieses einen Vortheils willen duldet man es, daß zwischen der materiellen und formellen Wahrheit eine Kluft besteht, über welche nur der Zufall seine Brücke baut. Um den Staatsbürger gegen Willkühr zu schützen, macht ihn das Gesetz vom Ungefähr abhängig, und um dem Richter es unmöglich zu machen, seine Ueberzeugung nach Belieben zu verläugnen, zwingt es ihn, zwischen dem wovon er überzeugt ist, und dem, was ihm erwiesen ist, zu unterscheiden, zwingt er ihn also, seine Ueberzeugung abstracten, der Sache fremden Normen unterzuordnen. Und was ist mit all dem gewonnen? Nur, daß der Rechtszustand noch zweifelhafter wird! Es hat einen Sinn, dem höheren Richter tiefere Rechtskenntniß, gründlichere Bekanntschaft mit den Gesetzen und der Art ihrer Anwendung zuzutrauen; was gibt aber einen Grund anzunehmen, daß der höhere Richter die Thatsachen richtiger erkenne und beurtheile, als ein minder hoch gestellter? Steckt nicht hinter jedem neuen Bollwerk, das in dieser Hinsicht gegen den Irrthum aufgeführt wird, eine neue Gefahr für die Wahrheit?

Können nun die vorstehenden Bemerkungen nicht darauf Anspruch machen, der großen Frage, ob bezüglich der Festsetzung von Thatsachen eine Berufung zuzulassen sei, ein Ende zu machen: so reichen sie doch wohl dazu aus, es als minder bedenklich erscheinen zu lassen, wenn wenigstens bei ganz geringfügigen Sachen die Appellation wegfällt. Zum Wesen des Rechtsschutzes gehört sie gewiß nicht, sie dient nur zur Erhöhung desselben; wenn nun der Aufwand, welcher mit ihr verbunden ist, außer allem Verhältniß zu dem Werth des Streitgegenstandes steht, dann wird die Aufnöthigung dieses Rechtsmittels (und gerade dem, welcher als Sieger in erster Instanz die Vermuthung für sich hat, wird das Verfahren in zweiter Instanz aufgenöthigt) fast zur Rechtsverweigerung.

Es ist also ganz naturgemäß, wenn die deutsche Reichsgesetzgebung die Appellation nur da zuließ, wo der Werth des Streitgegenstandes einen bestimmten Betrag (erst 50, dann 400 und bei Armen 300 Reichsgulden) überstieg (K. G. O. v. 1521, XXIV. 2; R. K. G. O. von

1555 Th. II. 28 §. 4; J. R. A. §. 112 u. 114) wenn das französische Recht sich an denselben Grundsatz hielt, indem es die Appellation gegen friedensrichterliche Erkenntnisse nur bei Beträgen über 200 Fr., gegen Urtheile der Gerichtshöfe erster Instanz nur bei Beträgen über 1500 Francs zuläßt (Ges. v. 11. April 1838 Art. 1; Ges. v. 25. Mai 1838 Art. 1). Auch die neuere deutsche Legislation geht diesen Weg; nach §. 40 der preußischen Verordnung v. 1. Juni 1833 findet wenigstens die Appellation nur statt, wenn der Gegenstand der Beschwerde über 50 Thaler beträgt; nach der badischen Proceßordnung beträgt die Appellationssumme 50 und 150 Gulden, je nachdem das Rechtsmittel gegen das Urtheil eines Einzelnrichters oder eines Collegialgerichtes ergriffen wird (Art. 1126); nach dem großh. hessischen Entwurf unter denselben Verhältnissen 50 und 200 Gulden, (Hannover geht freilich mit der Appellationssumme auf 10 Thaler herab (§. 393), während das oldenburgische Civilproceßgesetz von 1859 die Appellation „ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand, und auf eine Beschwerdesumme“ zuläßt — Art. 238).

Nach diesen Vorgängen dürfte es sich auch in Oesterreich rechtfertigen, wenn bei ganz geringen Beträgen die Appellation ganz ausgeschlossen wird. Die Höhe dieses Betrages hängt zunächst von localen Verhältnissen ab, und sollte für jeden Landestheil besonders fixirt werden; im Allgemeinen wird er sich zwischen 50 und 200 fl. Oe. W. bewegen können. Bei wichtigeren Sachen kann dann die Appellation zugelassen werden; da aber nach dem früher Gesagten die Appellationsverhandlung eine mündliche sein muß, und der zweite Richter das Verfahren erster Instanz nur aus den in Gegenwart der Parteien zu Protokoll dictirten Entscheidungsgründen kennen lernt, so ist es wohl nothwendig, daß die Berufung an ein nicht allzu entferntes Richtercollegium gehe.

Dies bringt uns aber zu dem letzten und wichtigsten Punkt; zu der Personalfrage.

4. Für die Frage, wie die Gerichte zu bestellen seien, welchen in Oesterreich die Entscheidung in geringfügigen Rechtssachen anvertraut werden soll, ist einerseits die Natur der Sache, andrerseits sind dafür die Rücksichten auf finanzielle Bedürfnisse und locale Verhältnisse maßgebend.

Die Natur der Sache verlangt nun nach unserer Ansicht, daß auch bei geringfügigen Rechtssachen Juristen interveniren. Der Werth des

Streitgegenstandes ändert nichts an dem Bedürfniß nach Rechtsschutz und an den Bedingungen, unter denen allein er zu erlangen ist. Von den unerläßlichen Voraussetzungen einer richtigen Entscheidung darf nicht eine aufgegeben werden, wenn vom gerichtlichen Schutz der Rechte noch soll gesprochen werden können. Da nun zur Lösung von Rechtsfragen specifisch = juristische Bildung unerläßlich ist; da in jedem Proceß die Rechtsfrage die eine Hälfte der ganzen zu lösenden Aufgabe bezeichnet; da die schwierigsten Rechtsfragen ganz eben sowohl in einer Streitsache auftauchen können, bei der es sich um 10 fl. handelt als in einer, die eine Million betrifft: so heißt es, auf eine wesentliche Voraussetzung richtiger Entscheidung solcher Rechtssachen verzichten, wenn man sie gänzlich Nichtjuristen in die Hände gibt. Es kann den Parteien mitunter zweckmäßig erscheinen und erwünscht sein, daß ihre Sache statt nach strengen Rechtsregeln, nach feinen juristischen Distinctionen — in einer ihrer eigenen Auffassungsweise näher stehenden Art entschieden werde; dagegen ist nicht nur kein Bedenken zu erheben, sondern es ist sehr zu empfehlen, daß man diesem Wunsch durch Begünstigung von Schiedsmannsinstituten entgegenkomme. Immer muß dabei vorausgesetzt werden, daß über diesen Punkt Uebereinstimmung der Parteien bestehe. Fehlt diese, rufen sie also den Schutz des Gesetzes an, dann kann es für den Staat nur einen Maßstab geben, und das ist der des öffentlich festgestellten Rechts; dessen Kenntniß und Anwendung eben nur dem Juristen zugetraut wird. Eine Partei zwingen, ihre Rechtssache der Entscheidung eines Gerichtes zu unterwerfen, welches nicht ausreichende Rechtskenntniß besitzt, heißt aber, ihr Schiedsmänner aufdringen, ihr dasjenige verweigern, worauf in einem geordneten Staatswesen Jeder unter allen Umständen rechnen können muß, — den gerichtlichen Rechtsschutz und die Anwendung der bestehenden Gesetze!

Es kann also nur die Frage sein, ob es angemessen sei, die Entscheidung ausschließlich in die Hände von Juristen zu legen, oder die Mitwirkung von Nichtjuristen zu gestatten, oder auch obligatorisch zu machen.

Gegen die ausschließliche Besetzung der Gerichte mit Juristen spricht der eine Umstand, daß es aus inneren und äußeren Gründen nicht wohl angeht, mehr als einen Juristen für ein solches Gericht aufzustellen, daß also zu viel Gewalt in die Hände eines einzelnen Richters gelegt werden muß, was um so bedenklicher ist, weil nach dem früher

Gesagten ein großer Theil der vor diese Gerichte gehörigen Streitsachen inappellabel entschieden werden soll. Auch ist das Zusammenwirken von Juristen und Nichtjuristen zu einer Entscheidung gar wohl denkbar, um so mehr, da sich nicht läugnen läßt, daß für die Lösung der Thatfrage Nichtjuristen ebenso und selbst noch besser befähigt sein können als der Jurist. — In der That gibt es eine Form des Zusammenwirkens dieser beiden Factoren, welche sich vielfach bewährt hat: es ist die des Geschwornengerichtes. Juristen und Nichtjuristen sind da zu durchaus selbstständigen, wenn auch ineinander greifenden Functionen berufen, ihre gegenseitige Stellung ist durch Gesetze geregelt, und die Gränzlinien werden durch feierliche Formen bewacht. Indeß dürfen wir es uns wohl ersparen, über diesen Punkt länger zu sprechen; mag man auch die Abschaffung der Criminaljury in Oesterreich nicht als eine unwiderrufliche Thatsache ansehen, so ist doch wohl an eine nahe bevorstehende Einführung der Civiljury nicht zu denken, und sicher würde man nicht mit den geringfügigen Rechtssachen dafür den Anfang machen — was freilich zugleich der beste Weg wäre, an den Anfang sogleich wieder das Ende anzuknüpfen.

Sehr beliebt und auch in Oesterreich nicht ohne Präcedenzien ist dagegen eine andere Form, bei welcher Juristen und Nichtjuristen nebeneinander zu gleichartigen Functionen berufen sind, und zusammen ein Collegium bilden. Die Erfahrung gibt nun dieser Zusammensetzung der Gerichte kein günstiges Zeugniß; befinden sich die Nichtjuristen in der Minorität, so sinken sie zu bloßen Auskunftspersonen herab, während die wirkliche Entscheidung erfahrungsgemäß doch den Juristen bleibt. Selbst dann, wenn — wie in unserem Falle geschehen müßte — ein Jurist neben mehreren Nichtjuristen zu Gericht sitzt, kann es nicht fehlen, daß er allein wirklich entscheidet, die Andern nur Nullen sind, dazu bestimmt, die Bedeutung der ihnen vorgesetzten Einheit zu erhöhen. Jedenfalls würde, um das Gegentheil annehmen zu können, ein Grad von Bildung, von Energie des Charakters, von Geschäftsgewandtheit bei den „Beisitzern" vorausgesetzt, wie er auf dem flachen Lande kaum irgendwo zu finden sein wird. Und es würde, da der Geschäfte sehr viele wären, da von den Beisitzern angenommen werden muß, daß sie nicht fotwährend sich dem Rechtsprechen widmen können, weil sie noch einen anderen Beruf haben, in jedem Bezirk eine beträchtliche Anzahl solcher Männer erforderlich sein! Fehlt es daran, so belästigt man ruhige und

fleißige Staatsbürger nutzlos, — um die Allmacht des Richters durch eine schützende Scheincollegialität zu erhöhen!

Der Erfolg und das Gedeihen jeder Institution hängt davon ab, daß Jeder wisse, was ihm zu thun obliege, und daß Jeder für das, was aus seiner Wirksamkeit entsprang, auch einstehe; das ist besonders wichtig, wenn es sich blos um moralische Verantwortlichkeit handelt. Diese wesentlichen Voraussetzungen fehlen aber bei einem Collegium, in welchem Juristen und Nichtjuristen zusammenwirken; die Modalitäten der Wirksamkeit des Einzelnen werden, da ja völlige Gleichheit nicht denkbar ist, durch die Charaktere und zufälligen Eigenschaften der Mitglieder bestimmt, und die Verantwortlichkeit trifft Keinen, weil sie von Einem zu dem Andern wandert. Am allerwenigsten aber kann der complicirte Mechanismus einer solchen Einrichtung für Geschäfte passen, die ohne Zaudern und Schwanken, ohne vieles Hin- und Herreden rasch abgethan werden sollen.

Dieselben Gründe, zum Theil in noch erhöhtem Maße, sprechen gegen einen eigenthümlichen in neuester Zeit formulirten Vorschlag, nach welchem das Verhältniß fast umgekehrt werden soll; der Richter selbst soll ein Nichtjurist sein, allein er soll nur entscheiden nach Anhörung eines ihm zur Seite stehenden juristischen Rathgebers. Zunächst denkt man, wenn man von diesem Vorschlage hört, an eine römische Einrichtung. „Schon in den Zeiten der Republik," sagt Bethmann-Hollweg (Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden römischen Reichs. Bonn 1834. S. 152) „pflegten die Prätoren in Rom und die Statthalter in den Provinzen Freunde und andere rechtskundige Männer bei Verwaltung ihrer Jurisdiction zu Rathe zu ziehen (in consilium adhibere), theils weil es ihnen selbst häufig an der nöthigen Rechtskenntniß fehlte, theils um den Schein der Parteilichkeit, der einen einzelnen Richter leichter trifft, zu vermeiden . . . Um die Zeit der Severe scheint das Amt der Beisitzer eine festere Gestalt gewonnen zu haben, nicht nur indem es von Juristen für Geld übernommen, sondern durch Anweisung einer Besoldung vom Staat als stehendes öffentliches Amt fundirt wurde . . . Sie kommen bei allen Behörden, Civil- und Militär-, Provincial- und Hofbeamten vor, insofern diese Gerichtsbarkeit ausüben: nur bei den Municipalobrigkeiten finde ich sie nicht erwähnt."

Mag in Rom diese Einrichtung dazu beigetragen haben, die Uebel-

stände zu mindern, welche daraus entstanden, daß die Rechtspflege, als ein bloßes Anhängsel anderer öffentlicher Attributionen, sich meist in unpassenden Händen befand, uns kann der Gedanke, daß sie in unsere Zeit übertragen, aus den Hallen eines kaiserlichen Palastes in den bescheidenen Sitzungssaal eines ländlichen Gerichtes hinüber versetzt werden könnte, nur mit banger Besorgniß erfüllen. Soll der Richter an das Votum seines „Rathes“ gebunden sein oder nicht? Ist er es nicht — welch' eine Justizeinrichtung, die zu einem Ausspruch führt, welcher mit der Rechtsansicht des einzigen in der Sache vernommenen Juristen in Widerspruch steht? Wie schmerzlich für den unterliegenden Theil, wenn ihm ein Recht abgesprochen wird, von dem jener erklärt hat, daß es im Gesetze gegründet sei! Die Stimme des Rechtes darf, wo sie sich hören läßt, nicht als ein Rathschlag ertönen, den man annehmen oder verwerfen kann, wie es eben beliebt, und was sonst als die Stimme des Rechtes sollte das Votum jenes Beisitzers enthalten? — Umgekehrt, bindet man den Richter an dieses Votum, so hört er thatsächlich auf, der Richter zu sein; er sinkt zur bloßen Drahtpuppe in der Hand des Juristen herab. Selbst wenn er nur über Rechtsfragen ihn anzuhören hat, muß das geschehen; man weiß es ja, daß die Schwierigkeit der Sonderung von That- und Rechtsfragen das Haupthinderniß sei, welches der Ausbreitung der Civiljury im Wege steht. (Vgl. namentlich Orelli über die Jury in Civilsachen. Zeitschr. f. Kunde u. Fortbild. des Zürcherischen Rechts III. 1.). Aber selbst abgesehen davon, bedarf es nur sehr geringer Sachkenntniß, um zu wissen, daß der Jurist die Rechtsfrage nicht beantworten kann, wenn er nicht dafür sorgen kann, daß gerade die relevanten Thatsachen durch die Verhandlung festgestellt werden; eine allzustricte Anwendung des: Da mihi factum, dabo tibi jus! würde wohl zur heillosesten Verwirrung führen. Und will man umgekehrt diese vermeiden, so muß man dem berathenden Beisitzer das Recht geben, dem Richter jeden Augenblick ins Geschäft zu greifen, die Leitung der Verhandlung auf sich zu nehmen!

Bedenkt man nun, welche Art von Juristen sich in dieses Verhältniß unerfreulichster Abhängigkeit begeben würde, besonders wenn die Verbindung mit dem Staatsdienst abgeschnitten wäre, so hat man, indem man sich eine Vorstellung von dem künftigen, dieser Einrichtung entsprechenden Stande der Justiz auf dem flachen Lande zu verschaffen sucht, die Wahl zwischen den schlechtesten Bildern aus der Zeit der ehe-

maligen Patrimonialgerichtsbarkeit, und jenem unvergleichlich von Scott gezeichneten Friedensrichter Inglewood, dem wehrlosen Werkzeug des ränkevollen Anwalts Jobson.

Es soll zwar für diesen Plan, den wir nach innerster Ueberzeugung als einen unausführbaren ansehen, der Wunsch sprechen, der Autonomie der Bevölkerungen freien Spielraum zu verschaffen. Wir können aber einerseits nicht sehen, daß dieser Wunsch auf diesem Wege in Erfüllung gehen würde, noch andererseits glauben, daß die Rechtspflege der geeignete Gegenstand autonomer Wirksamkeit sei. Nichts ist wünschenswerther, als daß den Gemeinden im weiteren und engeren Sinne die Verwaltung ihrer Angelegenheiten überlassen werde, daß die meisten Geschäfte, mit welchen sich jetzt die Administrativbehörden abquälen, entweder unterdrückt oder den Gemeinden zugewiesen werden. Allein die Voraussetzung ist dabei doch die, daß die Gemeinden fähig sind, diese Geschäfte durch ihre gewählten Organe wirklich zu besorgen, allenfalls mit der mechanischen Beihilfe ihnen wahrhaft untergeordneter Hilfsbeamteten. Wo dagegen die Geschäfte so beschaffen sind, daß zu ihrer Besorgung die Befähigung des gewählten, angesehenen Privatmannes nicht ausreicht, wo die Regierung verlangen muß, daß nicht blos zur Ausführung, sondern zur Leitung dieser Geschäfte ein fachlich befähigter Beamteter berufen werde; da erspare man sich doch lieber, indem man geradezu Regierungsbeamte bestellt, die unvermeidlichen Uebelstände, die aus der Position solcher Beamten entstehen. Unentbehrlich, mit ihrer Sachkenntniß die ihnen vorgesetzten Gemeindeorgane überragend, durch die unmittelbar von den kaiserlichen Behörden erhaltenen Weisungen über jene und über die angesehensten Angehörigen der Gemeinde erhöht; der Gemeinde gegenüber durch die höhere Behörde, der Staatsverwaltung gegenüber durch die Autonomie der Gemeinde gedeckt — müßten sie die Tyrannen der Gemeinden und die Vernichter jener Autonomie werden, in deren Namen man sie einsetzt. Und wenn unter dem Einfluß des unglückseligen Vorurtheils, daß Administrativgeschäfte nur von Juristen besorgt werden können, jene Beamten aus dem Stande der Rechtsgelehrten genommen werden, dann wird man durch Verleihung solcher „Anstellungen“ die Schaar von Juristen untersten Ranges vermehren, welche in der That von der Jurisprudenz nur die Routine, die Ränke uud Kniffe sich eigen gemacht haben, und

welche zu allen Zeiten die Schande ihres Standes und das Verderben namentlich der Landbevölkerung sein werden.

Was nun speziell die Rechtspflege betrifft, so sind wir (in Uebereinstimmung mit der Wissenschaft und der Praxis der ganzen civilisirten Welt) der Ansicht, daß sie im modernen Staat mit der Autonomie der Bevölkerung nichts zu schaffen habe. Alle Selbstverwaltung beruht auf dem Gedanken, daß Jedermann *seine* Angelegenheiten am besten selbst versorge, und daß die Administrativsachen wesentlich nur die gemeinsamen Sachen aller Administrirten seien, und auch hier wird man zugeben müssen, daß sehr häufig Interessenconflicte eintreten, welche nur durch einen unbefangenen Höherstehenden, durch eine höhere autonome Körperschaft etwa, gelöst werden können. Alle Rechtspflege beruht aber darauf, daß Derjenige, welcher entscheiden soll, an der Sache völlig unbetheiligt sei. Die Gemeindebehörden können nicht eng genug mit Denen zusammenhängen, deren gemeinschaftliche Angelegenheiten sie besorgen; der Richter kann Denen nicht fern genug stehen, über deren Sache er entscheidet. Soll die Autonomie der Gemeinden eine Wahrheit sein, so muß die Gemeindebehörde im fortwährenden Bewußtsein ihrer Abhängigkeit von den Gemeindegliedern, ihrer Verantwortlichkeit vor denselben, ihrer Absetzbarkeit im Wege der Wahl erhalten werden; soll die Gerichtspflege nicht eine Quelle des Scandals werden, so muß der Richter, unabhängig nach Unten wie nach Oben, von jeder Rücksicht auf den Eindruck, welchen seine Entscheidungen machen könnten, völlig frei sein! Ist also die *Trennung der Administration von der Justiz* unter allen Umständen durch die Zweckmäßigkeit geboten, so ist sie bei autonomer Verwaltung der Gemeinden unentbehrlich, wenn nicht Recht und Gerechtigkeit geradezu untergehen sollen. Ja, wir nehmen keinen Anstand, hinzuzufügen, daß unter diesen Umständen das monarchische Princip sie laut und gebieterisch fordert. Je freier die Bewegung ist, welche den Einzelnen, den Corporationen gestattet wird, je ungebundener die Leidenschaften zum Ausdruck gelangen, je entschiedener die Interessen sich zur Geltung bringen, desto wichtiger wird es, daß über dem bunten Treiben „das Auge des Gesetzes wache." Man wird die Bevölkerungen leicht von dem Irrthum entwöhnen, vermöge dessen sie den Staat dafür verantwortlich machen, wenn ihre Straßen und Spitäler u. s. w. schlecht sind, oder gar wenn ein Gewerbsmann in Noth, oder ein Geschäftszweig ins Stocken geräth; man würde aber vergebens ver-

suchen, man wird es hoffentlich nicht versuchen, sie von einer Anschauung loszumachen, welche so alt ist, wie der Staat selbst, von der Anschauung, nach welcher man zum Thron als zur Quelle der Gerechtigkeit emporsieht. Die Einheit des Reiches und die Würde der Krone können durch nichts so entschieden repräsentirt werden, als wenn neben der den Particularismus vertretenden autonomen Verwaltung ein kaiserlicher Richter steht, welcher mit der großen Kette der Rechtsanstalten des Reiches unmittelbar zusammenhängend, dem Letzten zugänglich, von jedem Verdachte der Befangenheit frei, auch noch an den geringfügigen Sachen zeigt, daß ein starker Arm das Recht schützt und das Unrecht niederhält.

Man spricht von dem Kostenpunkt; allein dieser kann doch nicht entscheidend sein, wo es sich um das Lebensprincip des Staates handelt! Wir glauben übrigens, daß nichts erspart und die Steuerkraft der Unterthanen nicht besser geschont sei, wenn die Kosten der Rechtspflege statt durch die Staatscasse einen Umweg zu machen, unmittelbar von den Gerichtspflichtigen bestritten werden. Auch steht ja nichts im Wege, diese Kosten von den Bezirken selbst dann bestreiten zu lassen, wenn der Richter von der Regierung ernannt wird.

Wird übrigens die Justiz von der Administration getrennt, die Last der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiegend den Notaren, Gemeinden und Familien überwiesen, so bleiben für die Civilrechtspflege im Bezirke nur jene Rechtssachen übrig, welche wir als geringfügige bezeichnet haben, — etwa bis zum Betrage von 500, an gewissen Orten bis zu 1000 fl., während die wichtigeren Processe den Gerichtshöfen erster Instanz mit vollem Rechte vorbehalten werden. Ist nun das Verfahren in geringfügigen Sachen zweckmäßig vereinfacht, so genügt ein Richter nebst zwei Kanzleiindividuen vollkommen, um die Civilrechtspflege des Bezirks zu besorgen [6]).

Wenn nur bei Bestellung des Richters gehörige Sorgfalt angewendet wird, wenn er ausreichend besoldet ist, wenn die Oberbehörden und die Staatsanwaltschaft scharfe Aufsicht führen, wenn die von jenem ganz unabhängigen Vertretungen der Gemeinden und Bezirke auf un-

---

[6]) Nimmt der Staat, wie auf die Länge nicht ausbleiben kann, die volle Strafgerichtsbarkeit wieder in seine Hand, so könnte vielleicht in großen Bezirken ein zweiter richterlicher Beamter nöthig werden, was dann die Stellvertretung im Falle einer Erkrankung erleichtern würde.

befangene, nicht bureau= und actenmäßige Würdigung ihrer gegen das Gesammtverhalten (nicht gegen einzelne Entscheidungen) des Richters vorgebrachten Beschwerden rechnen können, wenn endlich volle Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen nicht blos gestattet, sondern nach Kräften gefördert wird: so kann man mit Beruhigung sowohl die appellable als die inappellable Entscheidung der erwähnten Rechtssachen in die Hände von Einzelrichtern legen. Die Kosten dieses Theiles der Justizverwaltung würden also nicht eben sehr ins Gewicht fallen, und gewiß schon durch den für sie allein nöthigen Stempelaufwand mehr als gedeckt werden [7]). Ja, so großen Werth legt die Bevölkerung auf eine prompte und sichere Rechtspflege, daß sie selbst durch die (nicht unbedenkliche) Einführung eines Sportelsystems, nach welchem die Justiz die Justizkosten unmittelbar bestritte, nicht allzu schmerzlich berührt würde, wenn nur der Preis nicht umsonst gezahlt wird.

Es sei nun gestattet, ein Bild der Wirksamkeit dieser Richter, wie wir sie uns vorstellen, zu entwerfen und damit auch das früher über das Verfahren Gesagte zusammenzufassen.

Die Klage kann schriftlich oder mündlich beim Gerichtsschreiber angebracht werden; er trägt in ein dazu bestimmtes Register die Nummer der Klage, Namen der Parteien, Inhalt des Klagebegehrens nebst summarischer Angabe des Entstehungsgrundes des Anspruches ein. Die anderen Rubriken dieses Buches können so beschaffen sein, daß durch kurze Eintragungen das ganze weitere Schicksal des Processes ersichtlich zu machen ist, und daß über den Proceß nur dann noch andere Acten bestehen, wenn nach dem früher Gesagten Urtheil und Entscheidungsgründe zu Protokoll dictirt werden; in solchen Fällen kann das Register auf die Specialprotokolle verweisen, welche in ähnlicher einfacher Weise wie die Grundbuchsacten nach der Nummer des Registers geordnet uud

---

[7]) Bei Erörterung des Kostenpunktes muß man sich davor hüten, daß Pläne für künftige Einrichtungen nach dem Maßstabe der jetzigen Besoldungen beurtheilt werden. Jedermann wird es bestätigen, daß die jetzigen Besoldungen, was immer für Einrichtungen man treffe, auf die Länge nicht beibehalten werden können, ohne daß — wenn nicht die Integrität, so doch das Vertrauen in die Integrität der Richter verloren geht. Wenn erfahrene, wohlgestellte Männer wirklich selbst das verrichten, was jetzt etwa unter ihrem Namen von Anderen besorgt wird, die es bei weitem nicht sind, und wenn solche Einrichtungen nicht mehr kosten, als die jetzigen Bezirksämter „als Gerichte," so wird man mit Recht schon von Ersparnissen sprechen dürfen. Wenn nicht an Besoldungen der Richter, so läßt sich übrigens an Kosten für die Kanzlei, für Actenarbeit aller Art, für die Postversendung dicker Actenpackete allerdings viel ersparen.

verwahrt werden können. So wie mit den Klagen benimmt sich der Gerichtsschreiber mit den gegen Mahnzettel erhobenen Widersprüchen; es findet die Eintragung ganz so statt, als wäre eine Klage eingebracht, — nur mit der näheren Angabe der Form. Sofort fertigt der Gerichtsschreiber die nach einem bestimmten Formular lithographirte Vorladung zur mündlichen Verhandlung aus. Es bedarf dazu keiner besonderen Rechtskenntniß. Auch die Competenzregeln sind so einfach, daß sie dem Gerichtsschreiber leicht beigebracht werden können. Hat er ein Bedenken bezüglich der Competenz und der Zulässigkeit des Verfahrens, so kann er sich auf kurzem Wege an den Richter wenden und dessen Verfügung einholen; dasselbe gilt, wenn die Umstände so beschaffen sind, daß die normale Frist nicht eingehalten werden kann.

Die Vorladung wird der persönlich erschienenen Partei unmittelbar eingehändigt, dem Abwesenden unverzüglich zugestellt. Es wird nicht schwer sein, nach dem Muster früher angeführter Gesetze für die Zustellung und die etwaige Verlegung der Verhandlung Vorschriften zu geben, welche zugleich gegen die Anhäufung von Actenarbeit und gegen Verschleppung der Rechtssachen hinlänglichen Schutz gewähren [8]).

Zwei voraus bestimmte Gerichtstage in der Woche werden in der Regel genügen, besonders wenn mit kurzen, der Erholung gewidmeten Unterbrechungen, wirklich der ganze Tag dem Geschäfte des Rechtsprechens gewidmet wird. So bleibt dem Richter bequem Zeit, um außer dem Hauptorte des Bezirks an zwei bis drei anderen Orten monatlich einen Gerichtstag abzuhalten, zu welchem Zwecke die betreffenden Ortschaften gewiß gern ein passendes Local und allenfalls auch ein Individuum zur Besorgung der Schreibegeschäfte bestellen; vielleicht lassen sie sich auch gern zur Bestreitung der Diäten des Richters herbei [9]).

Die Sitzungen des Gerichtes sind unbedingt öffentlich, und der bloße Umstand, daß viele Parteien und Zeugen zu jedem Gerichtstage vorgeladen sind, genügt, um dafür zu sorgen, daß die Oeffentlichkeit nicht blos auf dem Papiere bleibe. Der Richter vernimmt die Klage

---

[8]) Die Entscheidung über Fristgesuche, soweit solche überhaupt zugelassen werden, ist keinesfalls einer Berufung unterworfen; es genügt also eine mündliche Bitte, die Eintragung in die dazu bestimmte Rubrik des Registers und die Ausfertigung einer (lithographirten) Verständigung.

[9]) Es steht natürlich nichts im Wege, daß beide Theile freiwillig an einem solchen Gerichtstag erscheinen; auch könnte man gestatten, daß der Kläger Bewohner eines solchen Orts, ohne sich vorher an das Gericht zu wenden blos durch den Gemeindevorstand zu einem dort abzuhaltenden Gerichtstag laden lasse.

und die Klagebeantwortung, veranlaßt die weiteren Aeußerungen beider Theile, prüft die vorgebrachten Beweismittel, läßt sie wo möglich sogleich an demselben Tage zur Stelle schaffen, und spricht sofort das Urtheil, welches er selbst in die betreffende Rubrik des Registers eintragen kann, wenn es ein inappellables Definitiverkenntniß ist. Muß ein Interlocut gefällt worden oder ist das Erkenntniß der Appellation unterworfen, so wird es in Anwesenheit der Parteien (in der früher beschriebenen Art) dictirt, oder sofern der Richter es selbst schreiben muß, wird es unverzüglich verlesen, wobei die Bemerkungen, welche die Parteien über die Auffassung der vorgetragenen Thatsachen machen, zu berücksichtigen sind. Verzichten in den Fällen, wo eine Berufung zulässig ist, die Parteien darauf, so kann auch diese Protokollirung unterbleiben.

Die Berufung wird beim Richter erster Instanz angemeldet; sie wird in der betreffenden Rubrik des Registers angemerkt, und sofort sendet der Richter das Protokollarerkenntniß mit der Bemerkung über die erfolgte Berufung an den Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel der Bezirk liegt, ein, ohne daß ein besonderer Bericht oder eine Beschwerdeschrift der Partei nöthig wäre. Der Vorsitzende des für diese Verhandlungen berufenen ständigen (d. h. immer für ein ganzes Jahr eingesetzten) Senates erläßt sofort durch die Kanzlei an beide Theile die Ladung zur Verhandlung. (Die Parteien können sogleich bei der Appellationsanmeldung die Advocaten namhaft machen, an welche, statt an sie selbst, Zustellungen ergehen sollen.) Die Verhandlungen vor dem Gerichtshofe erster Instanz ist eine unbedingt mündliche und öffentliche; der Gerichtshof beurtheilt die Thatfrage selbstständig, jedoch nach den aus dem Protokollar-Erkenntniß hervorgehenden Ergebnissen der Verhandlung in erster Instanz; wird es ihm wahrscheinlich, daß dieselben im Protokolle nicht richtig dargestellt sind, so kann er, je nachdem der eine oder andere Vorgang rascher und mit geringeren Kosten durchzuführen ist, selbst das Beweisverfahren ergänzen oder dazu einen Commissär delegiren. Kommt bei dieser Prüfung des Protokolles eine absichtliche Entstellung der Wahrheit oder eine grobe Fahrlässigkeit des Richters zum Vorschein, so ist ihm jedenfalls der Ersatz der Kosten aufzuerlegen und der Staatsanwalt (resp. die bei dem Oberlandesgerichte aufgestellte Disciplinarcommission) davon jedesmal in Kenntniß zu setzen.

Der Gerichtshof erster Instanz entscheidet über die Thatfrage in

letzter Instanz, gleichviel, ob er das Urtheil des Bezirksrichters bestätigt oder nicht. Er fertigt jedoch jedesmal Urtheil und Entscheidungsgründe schriftlich aus, und es steht wegen unrichtiger Lösung der Rechtsfrage, sowie wegen Verletzung der Proceßformen, soweit sie aus dem Sitzungsprotokolle oder den Entscheidungsgründen darzuthun sind, die Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof offen. Dagegen sollte Demjenigen, welcher die Berufung erfolglos ergriff, der Ersatz der vollen Berufungskosten, Demjenigen, welcher erfolglos die Nichtigkeitsbeschwerde einwendete, eine empfindliche Succumbenzstrafe niemals erlassen werden.

So wichtig für Einrichtungen dieser Art die Details sind, so müssen wir doch unsere Ausführungen über dieselben unterdrücken. Das hier Gesagte dürfte aber genügen, um den Plan im Ganzen verständlich zu machen, — einen Plan, dessen Grundzüge dieselben sind, zu denen auf den verschiedensten Wegen die verschiedensten europäischen Staaten gelangt sind: Entscheidung durch von der Krone bestellte, von jeder nichtrichterlichen Function entbundene Einzelnrichter, auf Grund eines raschen mündlichen und öffentlichen Verfahrens, dessen Resultate allein zu Papier gebracht werden — und (innerhalb gewisser Grenzen) Inappellabilität dieser Entscheidungen. Die Annahme dieses somit durch die Natur der zu lösenden Aufgabe gewissermaßen dictirten Planes hätte für Oesterreich insbesondere den Vortheil, daß an der gegenwärtigen Territorialeintheilung nichts geändert zu werden braucht, wenn die wesentliche Voraussetzung jedes Besserwerdens, namentlich jeder Vereinfachung des Geschäftsganges und der Verminderung der Verwaltungskosten, realisirt werden soll, — die Trennung der Justiz von der Verwaltung. Auch für Durchführung der dringendsten Reformen im Strafproceß und für die Einführung der Mündlichkeit der Civilrechtspflege innerhalb des Rahmens der jetzigen Gerichtsorganisation bietet er eine geeignete Basis.

C.

Grundlagen des mündlich-öffentlichen Civilprocesses.

(Allg. österr. Gerichtszeitung. 1860 u. 1861.)

I. Schriftliche Elemente im mündlichen Proceß.

Während der deutsche Strafproceß, bei allem Reichthum an polemischen Schriften über seine Grundlagen, sich in stoßweiser Entwicklung vorwärts bewegte, so daß das jetzt in den meisten deutschen Staaten geltende Strafverfahren als das Ergebniß einiger raschen legislativen Thaten erscheint: haben die Bestrebungen für die Verbesserung des Civilprocesses einen mehr methodischen, einen bei weitem gemesseneren Gang eingehalten.

Auch hier zwar stand in Frankreich und den Rheinlanden ein fertiges, in vielfacher Hinsicht zur Nachahmung einladendes System vor Augen, und es fehlte nicht an Stimmen, welche sich für die unbedingte Annahme desselben aussprachen. Wenn diese Forderung nur Schritt für Schritt sich Terrain erkämpfte, und es — wie man jetzt wohl sehr bestimmt sagen kann — nie vollständig erobern wird: so liegt der Grund dafür vorzüglich in dem Stand der Gesetzgebung in den beiden größten deutschen Staaten. Im Strafproceß nämlich waren die Codificationen, welche dort den Schluß des vorigen und die erste Hälfte des gegenwärtigen Jahrhunderts beherrschten, nichts Anderes als Zusammenfassungen des Ergebnisses der vorausgegangenen geschichtlichen Entwicklung; sie regelten nur den Inquisitionsproceß, wie er im Laufe der Zeiten geworden und nach Ausscheidung der Tortur übrig geblieben war. Jeder Schritt nach vorwärts, den die deutsche Wissenschaft machte, mußte sie also von den Grundlagen jener Gesetze entfernen; jeder Wunsch nach Verbesserung sofort gegen diese Grundlagen selbst sich richten.

Ganz anders aber waren die Schicksale der neuen Civilproceßgesetze in Oesterreich und Preußen. In Oesterreich nahm die allgemeine Gerichtsordnung eine so durchgreifende Läuterung des schriftlichen Verfahrens vor, daß man wohl noch jetzt anerkennen muß, es sei in diesem Gesetze, wenn es in seiner vollen Einfachheit und Consequenz durchgeführt wird, fast das Aeußerste erreicht, was auf dem Boden des schriftlichen Processes zu erreichen ist. Kein Wunder also, daß man die Resultate dieser so durchgreifenden Reform erst sich entwickeln ließ, und lange Zeit hindurch sich mit Nachhilfe in den Einzelheiten begnügen zu können meinte.

Preußen war noch viel weiter gegangen; von dem Beispiel und den Traditionen der ganzen Welt sich lossagend, hatte es die Civil-Rechtspflege auf durchaus neue Basis stellen wollen. Es hatte die Quelle der bestehenden Uebelstände viel tiefer gesucht und glaubte viel durchgreifendere Mittel der Abhilfe gefunden zu haben, als in dem Streit über Mündlichkeit und Schriftlichkeit zur Sprache kommen konnten. Es ist also sehr begreiflich, daß die preußische Gesetzgebung, so bedenklich der Weg war, den sie betreten hatte, und so rasch sich auch zeigte, daß der Mündlichkeit Zugeständnisse gemacht werden müßten, nur Schritt für Schritt zurückwich. Die Mündlichkeit ward erst nur für eine bestimmte Provinz (Posen 1817), dann für bestimmte Arten von Rechtssachen (1833), erst spät (1846) für alle, aber auch da noch mit Einschränkungen zugelassen, von denen weiter unten die Rede sein wird. Obgleich nun seitdem immer noch an der Fortbildung der Civilproceßgesetze gearbeitet wird, im Jahre 1848 sogar ein vollständiger Entwurf einer Civilproceßordnung — eine sehr beachtenswerthe Leistung Koch's — bearbeitet wurde: ist dies doch noch jetzt der Stand der Dinge. Dieses zögernde Fortschreiten Preußens wirkte sichtlich auf die legislativen Arbeiten anderer deutscher Staaten zurück; die badische Proceßordnung und der großh. hessische Entwurf zeigen deutliche Spuren dieses Einflusses.

Eine ganz andere Stellung nimmt dagegen die hannover'sche Civilproceßordnung vom 8. November 1850 ein. Dieses Gesetzbuch, welches bereits auf das „Gesetz für das Herzogthum Oldenburg den bürglichen Proceß betreffend" vom 2/19. November 1857 wesentlichen Einfluß übte, stellt sich unbedingt und entschieden auf den Boden der Mündlichkeit im Sinne des französischen Verfahrens; allein es ist bear-

beitet mit der sorgfältigsten Berücksichtigung aller der vielen Bedenken, welche sich gegen die französische Procedur erhoben haben, und der Verbesserungen, welche dieselbe namentlich durch die vortreffliche Civilproceßordnung für Genf erfahren hat. Es steht also dem französischen Gesetz mit einer Selbstständigkeit gegenüber, wie sie in den deutschen Strafproceßgesetzen fast nirgend zu finden ist, und darf geradezu als das Muster eines Gesetzes betrachtet werden, dem die Aufgabe gestellt ist, den mündlichen Civilproceß im französischen Sinne einzuführen, ohne zugleich alle jene Uebelstände mit zu übertragen, welche in Frankreich aus Fehlern des im Grunde aus uralter Zeit herrührenden Gesetzes, aus geschichtlichen Traditionen von unüberwindlicher Stärke oder endlich aus Eigenthümlichkeiten des französischen Nationalcharakters entsprungen sind. Es kann also für eine Besprechung der Grundlagen des mündlich-öffentlichen Civilverfahrens nach dem neuesten Stande der legislativen Arbeiten in Deutschland keinen passenderen Anhaltspunkt geben, als eben dieses Gesetzeswerk.

Der wichtigste vor allem Andern sich aufdrängende Punkt, betrifft naturgemäß das gegenseitige Verhältniß der mündlichen und schriftlichen Elemente des Processes. Es ist von allen Seiten zugegeben, daß ein reinmündlicher Proceß nicht denkbar sei; wie ängstlich auch immer das Schreiben vermieden wird, es kann auf die Dauer eine geordnete Rechtspflege ohne schriftliche Aufzeichnungen nicht bestehen.

Theils handelt es sich darum, jeder Partei Beweismittel über die Stellung in die Hände zu geben, welche ihr Gegner im Processe ihr gegenüber eingenommen hat, und ihr so zugleich die Gelegenheit zu bieten, sich für ihre eigenen Operationen in späteren Stadien des Processes vorzubereiten; theils mag es wünschenswerth scheinen, daß dem Richter für die Berathung und Entscheidung ein stetigeres, klarere Uebersicht und ruhigere Ueberlegung gestattendes Material vorgelegt werde, als welches durch den Wechsel sich verflüchtigender Reden gewonnen werden kann; theils endlich sollen die wesentlichen Factoren des Processes wegen der Rechtsmittel, der exceptio rei judicatae u. dgl. vor Vergessenheit geschützt werden. Gründe genug, um der Schriftlichkeit eine sehr bedeutende Rolle im Proceß übrig zu lassen, vielleicht selbst eine so große, daß ein beträchtlicher Theil jener Vortheile, welche von der Mündlichkeit zu gewärtigen sind, wieder verloren geht. So namentlich ist man in Deutschland an verschiedenen Punkten dahin gekommen,

die mündliche Verhandlung blos als Schlußact des Processes, als Schlußverhandlung, als Surrogat der auf Grund der Acten erfolgenden Relation an ein Richtercollegium hinzustellen. Dies ist genau genommen das Verhältniß in Preußen, Baden und im großherzoglich hessischen Entwurf, und es äußert sich dies namentlich in den Vorschriften über die Instruction des Processes.

Das große Experiment, welches mit der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung unternommen wurde, hatte vorzugsweise den Zweck, den zwischen der Partei und dem Richter in der Mitte stehenden Anwalt entbehrlich zu machen. Daraus folgt eine außerordentliche Ausdehnung dessen, was im gemeinen Proceß das Proceßleitungsrecht des Richters genannt wird, und die Begünstigung von Protokollar-Erklärungen. Daher wird auch nach neuestem preußischen Recht die Klage beim Richter überreicht, welcher sie nur, wenn er sie „vollständig und begründet" findet, dem Beklagten mittheilen läßt, wobei dieser aufgefordert wird, die Klage schriftlich oder zu Protokoll zu beantworten. An die Materialien dieser schriftlichen oder Protokollarverhandlung bleiben die Parteien gebunden; es ist überdies dem Richter anheimgestellt, allenfalls auch noch auf gleichem Wege eine Replik und Duplik hervorzurufen, dann erst wird die mündliche Verhandlung anberaumt, welcher ein mündlicher, auf die Acten gestützter Vortrag eines Gerichtsmitgliedes zum Ausgangspunkte dient. Im Ganzen begegnen wir derselben Einrichtung bei demjenigen Verfahren, welches nach der badischen Civilproceßordnung vor den Collegialgerichten stattfindet, und nach dem großherzogl. hessischen Entwurf vor den Obergerichten stattfinden soll, nur daß das Referat aus den Acten wegfällt.

Zu dem Allen steht nun die französische Einrichtung im directen Gegensatz. Obgleich diese vielfach bekannt ist, wird es der Vergleichung wegen nicht überflüssig sein, sie hier in ihrem Zusammenhange darzustellen. Derjenige, welcher einen Proceß anhängig machen will, muß, nachdem er den gesetzlichen Vorschriften über den Versuch der Sühne Genüge gethan, sich an einen der (öffentlich bestellten, aber mit ihrem Einkommen auf die von den Parteien zu zahlenden Gebühren angewiesenen) Gerichtsvollzieher (Huissiers) wenden, welcher in seinem Namen — unter Mittheilung des Klagebegehrens, der Urkundenabschriften und des Namens des vom Kläger bestellten Anwaltes — den Beklagten auffordert, binnen acht Tagen vor dem zuständigen Gericht zu erscheinen.

Dies ist indeß nicht wörtlich zu nehmen, da in der gedachten Frist lediglich der Name des von dem Beklagten bestellten Anwaltes dem Anwalte des Klägers bekannt gemacht werden muß. Binnen 14 Tagen nach der Bestellung des Anwaltes ist dem Gegner eine Vertheidigungsschrift mitzutheilen, welche formell an den Vorsitzenden und die Richter des Collegiums gerichtet ist, diesen aber gar nicht zukommt; dasselbe gilt von der Replik (Réponse), für welche eine Frist von acht Tagen eingeräumt ist. Die Nichteinhaltung einer solchen Frist hat übrigens keinen anderen Nachtheil, als daß der Anwalt des Gegners die Anberaumung der mündlichen Verhandlung einleiten kann; nichts hindert aber die Anwälte, sich à l'amiable endlose Fristen zuzugestehen. Soll die mündliche Verhandlung dann vor sich gehen, so muß erst die Eintragung der Sache in die Rolle der Streitsachen bewirkt und davon der Gegner schriftlich verständigt werden. In der nächsten öffentlichen Sitzung wird dann die Rolle abgelesen, und nach Ablauf von weiteren acht Tagen kann die Sache, wenn sie an die Reihe kommt, verhandelt werden. Wann dieser Zeitpunkt eintritt, läßt sich nicht genau bestimmen; die Anwälte müssen sich also jeden Tag bereit halten, um nicht etwa contumacirt zu werden, oder die Streichung der Sache von der Rolle zu erfahren. Kommt die Sache an die Reihe, so werden zunächst nur die Conclusionen überreicht, wodurch die Sache en état gesetzt wird. Jetzt erst wird der Tag bestimmt, an welchem die contradictorische Verhandlung wirklich stattfinden soll.

Daß dieser Vorgang, indem er die Kräfte der Richter für das eigentlich richterliche Geschäft aufspart, und die Instruction des Processes lediglich den Betheiligten anheimstellt, mannigfache Vortheile gewähre, ist klar; allein er ist auch mit Nachtheilen verbunden, vor denen man die Augen nicht verschließen darf. Wir sehen ab von den Bedenken, welche gegen die Einrichtung der Huissiers erhoben werden. Es ist gewiß ein wesentlicher Gewinn damit verbunden, daß der gegenseitige Verkehr der Parteien durch Personen vermittelt wird, in deren eigenem Interesse es liegt, die ihnen übertragenen Geschäfte auf das rascheste und verläßlichste zu besorgen. Allerdings sind arge Mißbräuche denkbar, allein doch nur bei einer sehr frechen und keineswegs gefahrlosen Hinaussetzung über positive, gesetzliche Vorschriften; auch lassen sich Mittel finden, diesen Mißbräuchen so weit zu begegnen, als dies überhaupt bei menschlichen Einrichtungen denkbar ist. Die Verkehrtheit, daß in einem

Proceß, in welchem die Parteien aller Orten an die Mitwirkung von Anwälten gebunden sind, die Verfassung der Klage, des Fundamentes des ganzen Verfahrens, einem bloßen Gerichtsvollzieher überlassen bleibt, braucht wohl nicht nachgeahmt zu werden, und wird auch in Frankreich durch den gesunden Sinn der Bevölkerung, welche da, wo es Noth thut, freiwillig einen Rechtsverständigen zu Rathe zieht, beinahe vollständig vermieden. Auch die oft erörterte Frage über die Zweckmäßigkeit der Theilung der Geschäfte zwischen Anwalt und Advocat, wie sie in Frankreich stattfindet, kann hier als etwas Aeußerliches unerörtert bleiben. Nach anderen Seiten hin aber zeigen sich die größten Inconvenienzen. Es ist in Frankreich oft und laut darüber geklagt worden, daß, trotz der großen Schnelligkeit und Einfachheit des mündlichen Verfahrens selbst, die Processe oft jahrelang hinausgeschleppt werden, blos weil die Dauer des schriftlichen Vorverfahrens gänzlich von der Willkür und dem gegenseitigen Einverständniß der Anwälte abhängt. Auch ist, wie Jedermann sehen muß, die früher beschriebene Procedur selbst, die allerdings nur im ordentlichen Verfahren eingehalten wird, eine sehr complicirte. Ein sehr großer Uebelstand ist es ferner, daß die Anwälte beider Theile wiederholt vor Gericht erscheinen müssen, ehe es zur eigentlichen Verhandlung kommt.

Zur Vermeidung dieser Uebelstände hat die Genfer Civilproceßordnung einen Weg eingeschlagen, welcher als der geradezu entgegengesetzte bezeichnet werden kann. Der Geklagte wird durch den Huissier unter Angabe des Klagebegehrens und Mittheilung der Urkunden in die Sitzung des Gerichtes geladen, welches nach vorläufiger Anhörung der Parteien entweder sofort plaidiren läßt, oder den vorläufigen schriftlichen Austausch von Anträgen und Urkunden, oder endlich ein förmliches schriftliches Vorverfahren anordnet.

Die hannover'sche Proceßordnung vermittelt nun in einer sehr passenden Weise. Der Kläger schon muß sich an einen Anwalt wenden, welcher für ihn die Klageanträge entwirft. Die Klageanträge müssen enthalten: „als Rubrik, die genaue Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand, Wohnort und Proceßrolle, sowie ihrer Anwälte; das Gericht, bezüglich die Abtheilung desselben, vor welchem der Rechtsstreit anhängig; den Streitgegenstand, unter thunlichst genauer Angabe seines Werthes; die Zahl der Anlagen und deren Bezeichnung“ (§. 93, Z. 1); ferner „eine gedrängte, deutliche und zusammenhängende Darstellung

der Thatsachen, worauf der geltend gemachte Anspruch sowohl in der Hauptsache als in etwaigen Nebenpunkten rechtlich beruht; die besonderen Thatsachen, aus welchen er gerade diesem Kläger und gegen diesen Beklagten zusteht, so wie eine genaue Bezeichnung des geforderten Gegenstandes oder der begehrten Leistung oder Unterlassung; ein bestimmtes Gesuch sowohl in Betreff der Hauptsache als der Nebenpunkte; die Aufforderung des Beklagten, an dem von dem Vorsitzenden des Gerichtes festgesetzten Gerichtstage, und zwar vertreten durch einen bei dem Proceßgerichte angestellten Anwalt vor diesem zu erscheinen" (§. 184).

Das Original (Concept) dieser Anträge sammt einer Abschrift wird dem Secretär des Gerichtes übergeben. Dieser hat nunmehr die Sache dem Vorsitzenden der zuständigen Gerichtsabtheilung lediglich zu dem Zweck vorzulegen, daß er mit Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen über die Fristen unter dem Original den Tag der Verhandlung bemerke. Diese Bemerkung wird in's Proceßregister eingeschrieben und auf die Abschrift übertragen, während das Original binnen 24 Stunden nach seiner Uebergabe an den Gerichtssecretär zur Abholung bereit liegen muß. Es wird nunmehr das Original sammt einer zweiten Abschrift der (mit der Bezeichnung des Verhandlungstermines versehenen) Klageanträge, so wie der dieselben unterstützenden Urkunden (so weit nicht nach dem Gesetz das bloße Anerbieten der Mittheilung genügt) vom Anwalt einem Gerichtsvoigt rechtzeitig übergeben. Dieser hat sich binnen 24 Stunden in die Wohnung des Beklagten zu verfügen, die Abschrift der Klageanträge dem Beklagten in gehöriger Form zu behändigen, und die geschehene Behändigung auf dem Original und der Abschrift der Klageanträge zu beurkunden. Mindestens acht Tage vor dem zur Verhandlung anberaumten Termin muß nun der vom Beklagten bestellte Anwalt dem Anwalt des Klägers die Gegenanträge zustellen lassen; doch ist, wenn die beiden Anwälte sich darüber einigen, die Intervention des Gerichtsvoigts nicht mehr nothwendig, der Anwalt des Klägers kann auf dem Original der Gegenanträge mit kurzen Worten den Empfang einer gleichlautenden Abschrift bestätigen. Eine andere Abschrift wird dem Gerichtssecretär übergeben, welcher sie sammt den Klageanträgen dem Vorsitzenden der betreffenden Gerichtsabtheilung vorlegt, damit dieser selbst oder ein von ihm bezeichneter Richter diese Vorlagen zur Vorbereitung für die Verhandlung benützen könne.

In der öffentlichen Gerichtssitzung ist sofort die vom Gerichtsvorsitzenden nach seinem Ermessen erfolgte Festsetzung der Reihenfolge der an diesem Tage zur Verhandlung anstehenden Sachen zu verlesen. Den Parteien und ihren Vertretern ist gestattet, über die erfolgte Festsetzung der Reihenfolge Bemerkungen zu machen, über welche der Vorsitzende sofort entscheidet. Sachen, welche an einem bestimmten Gerichtstage nicht mehr zur Verhandlung gelangen, gehen ohne Weiteres, falls das Gericht nicht auf Antrag der Parteien oder von Amtswegen ein Anderes verordnet, auf den nächsten ordentlichen Gerichtstag über. Uebrigens kann die Vertagung der Verhandlung vom Gericht auch dann bewilligt werden, wenn die Parteien oder eine derselben nicht im Stande zu sein erklärt, die Sache vollständig zu verhandeln. Die Erstreckung muß erfolgen, im Fall der Benennung des Autors oder der Streitgenossenschaft. — In Sachen endlich, welche mit Rücksicht auf die zu verhandelnden Thatsachen besondere Schwierigkeiten oder Verwickelungen darbieten, kann das Gericht sowohl auf übereinstimmenden Antrag der Parteien, als auch auf mehrseitiges Begehren der Beklagten ein schriftliches Vorverfahren selbst bis zur Duplik gestatten, wobei es jedoch zugleich die Fristen, innerhalb deren die Schriften zu erstatten sind, und den Gerichtstag für die mündliche Verhandlung bestimmt.

Die mündliche Verhandlung selbst wird dadurch eröffnet, daß beide Theile die Schlußgesuche ihrer Anträge vorbringen. Darauf folgen ihre Vorträge, welche in freier, geordneter Rede zu halten sind; irgend eine bestimmte Ordnung ist für diese Vorträge, was die Sache betrifft, nicht vorgeschrieben, nur kann das Gericht die Verhandlung nicht schließen, ohne daß jeder Partei über das neue Vorbringen ihres Gegners das letzte Wort gelassen wurde.

Von principieller Bedeutung sind die Bestimmungen der §§. 101 und 102: „Die mündlichen Parteivorträge müssen das ganze Streitverhältniß sowohl seinen thatsächlichen als rechtlichen Beziehungen nach umfassen und dient in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung, selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten. Der Vorsitzende hat auf Antrag der Partei, der Gegenpartei, der beisitzenden Richter und selbst von Amtswegen zu verordnen, daß wesentliche thatsächliche Abweichungen des mündli=

chen Vortrages von dem schriftlichen Vorbringen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen oder durch das Sitzungsprotokoll festgestellt werden." Erfordert neues Vorbringen der einen Partei nähere Erkundigungen der anderen, so kann die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf einen anderen Termin vertagt werden.

Durch die vorstehend angeführten Bestimmungen ist das Verhältniß der Schriftlichkeit zur Mündlichkeit mit aller Klarheit festgestellt. Bei jeder Collision gibt das mündlich Vorgebrachte den Ausschlag. In den Motiven heißt es: „Die (schriftlichen) Anträge sollen gleichsam das Skelett des mündlichen Vortrages sein; sie haben ihre eigentliche Bedeutung für die thatsächliche Seite des Rechtsstreites. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß den schriftlichen Anträgen eine weitere Bedeutung auch insofern zukommt, als die mündliche Verhandlung in thatsächlicher Hinsicht der Regel nach eine Wiederholung, bez. weitere Ausführung der schriftlichen Anträge sein wird, und insoweit gesagt werden mag, durch die schriftlichen Anträge werde das wesentliche Ergebniß der mündlichen Verhandlung fixirt."

„Daß die mündliche Verhandlung in Betreff der thatsächlichen Seite des Rechtsstreites selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten, die Grundlage für die richterliche Entscheidung abgeben soll, ist lediglich eine Consequenz des Grundsatzes der Mündlichkeit, eine Folge der Bestimmung des §. 101, I. S. Hervorgehoben ist die Consequenz nicht sowohl wegen ihres praktischen, als wegen ihres theoretischen Interesses; die praktische Bedeutung derselben dürfte fast ganz außer Frage bleiben. Verschiedene Bestimmungen des Entwurfes zielen darauf ab, eine Congruenz des schriftlich fixirten Vorbringens mit der mündlichen Verhandlung rücksichtlich der thatsächlichen Grundlage des Rechtsstreites herbeizuführen. Dem Entwurfe genügt nicht die Rücksicht auf das eigene Interesse der vorragenden Partei, die gedachte Uebereinstimmung herbeizuführen; er erblickt in dieser Uebereinstimmung den Gegenstand eines höheren Interesses und bestimmt dieserhalb, daß der Vorsitzende des Gerichtes gleichfalls auf Antrag der Gegenpartei, der beisitzenden Richter und selbst von Amtswegen die Herbeiführung jener Uebereinstimmung zu verordnen habe (§. 102)."

„Wenn nun auch unter diesen Umständen die hier fragliche Abweichung zu den seltensten Ausnahmen zählen wird, so ist sie doch

denkbar und möglich, und zwar nach zwei Seiten hin. Die mündliche Verhandlung kann entweder mehr oder weniger enthalten als das schriftliche Vorbringen; es kann z. B. die Einrede der Zahlung mündlich vorgetragen, nicht aber in den schriftlichen Anträgen bei dem Sitzungs-Protokolle enthalten sein und umgekehrt. Was soll hier entscheiden? Entscheidend kann nur sein, entweder die mündliche Verhandlung oder das schriftliche Vorbringen. Wird das letztere angenommen, so ist der Grundsatz der Mündlichkeit damit aufgegeben oder doch verletzt, möge man jenes nun offen aussprechen oder verdeckt durch Anziehung des Gesichtspunktes einer Fiction oder des Beweises; dieses gilt auch nach den beiden oben hervorgehobenen Seiten hin, obwohl im letzteren Falle der Widerspruch mit dem Grundsatze der Mündlichkeit schärfer als im ersteren Falle hervortreten würde. Die Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit erscheint hier aber umso unbedenklicher, als der §. 418 die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in der Berufungs-Instanz sehr erheblich erweitert. Unter diesen Umständen hat der Entwurf zu einer Anomalie sich nicht bekennen mögen, vielmehr den allgemeinen Grundsätzen sich angeschlossen. Diese können natürlich nicht entgegenstehen, daß im einzelnen Falle der einzelne Richter behufs seiner Vergewisserung darüber, ob eine bestimmte thatsächliche Behauptung Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sei oder nicht, in dem schriftlich festgestellten Vorbringen einen Anhaltspunkt suche. Dieser Satz ist schon an sich, dann aber besonders wegen des entwickelten nahen Zusammenhanges zwischen Schrift und mündlicher Rede zu natürlich, als daß er besonders hervorgehoben zu werden brauchte."

Bei solcher Sachlage muß aber umgekehrt die Frage entstehen, ob die gesetzlichen Vorschriften über das Vorbereitungsverfahren nicht schutzlos hingestellte Gebote seien, da die Nichtbeachtung derselben in der Sache keinen Nachtheil bringen kann; allein abgesehen von dem sehr wirksamen Kostenpunkt bürgt für die Befolgung jener Gebote auch die Stellung der Anwälte.

Die Richtung, welche in Hannover das schriftliche Vorbereitungsverfahren erhält, machte es möglich, von dem französischen Muster in einem anderen Punkte abzuweichen, in welchem dessen Fehlerhaftigkeit allgemein anerkannt war: bezüglich jener Modalitäten, unter welchen die Ausfertigung des Urtheils stattfindet. In Frankreich enthalten das Audienz-Protokoll und das Original-Concept

des Urtheils (minute) nur das Dispositivum und die eigentlichen Entscheidungsgründe. Da nun außerdem nur die Conclusionen schriftlich vorliegen, fehlt es in den Acten an jedem dauernden Beweis über den Umfang des geführten Streites. Darum kann aber auch das Urtheil in der Gestalt, in welcher es vom Gericht zu Papier gebracht wird, der Regel nach nicht vollstreckt werden und niemals in Rechtskraft erwachsen. Dazu ist erforderlich, daß eine der Parteien die Ausfertigung erwirkt, welche nebst dem früher Erwähnten auch noch die Qualitäten enthält. Die Qualitäten sind die Bezeichnung der Streittheile und ihrer Anträge, nebst einer Zusammenfassung alles für und wider Vorgebrachten; sie werden von demjenigen Anwalt gearbeitet, welchem an der Ausfertigung des Urtheils gelegen ist, und dem Anwalt des Gegners zugestellt. Opponirt dieser dagegen nicht binnen 24 Stunden, so wird das Urtheil aus den gedachten Qualitäten und den schon früher vorhandenen Bestandtheilen zusammengesetzt, vom Gerichtsschreiber ausgefertigt. Erhebt der Gegner einen Einspruch, so hat den Streit der beiden Anwälte der Präsident zu entscheiden. Wie unzweckmäßig diese Einrichtung sei, springt in die Augen. Ihr einziger Vortheil ist, daß sie dem Gerichte jede Art von Acten-Arbeit erspart. Allein da für die Ausfertigung des Urtheils keine Frist gesetzt ist, da der Termin zur Erhebung des Einspruches so kurz ist, kann es sehr leicht geschehen, daß die Fassung des Urtheils eine parteiische Färbung erlangt, oder daß, weil Anwälte und Richter gestorben sind, eine entsprechende Formulirung gar nicht mehr möglich ist. Mit Recht bemerken die Motive zum Genfer Procedur-Gesetz, ein solcher Vorgang sei entweder nutzlos oder gefährlich; nutzlos, wenn der Verfasser der „Qualitäten" sich auf den Inhalt der gewechselten Schriften beschränke, — gefährlich, wenn er weiter gehe. Ueberdies liegt hierin eine Erhöhung der Kosten; für drei Schriftstücke muß die Partei zahlen (für die Klage, die Conclusionen, die Qualitäten), und keines bietet eine verläßliche Grundlage. — Nach der hannover'schen Civil-Proceß-Ordnung liegen dagegen sorgfältig redigirte Partei-Anträge vor, die in der mündlichen Verhandlung nur wieder abgelesen werden. Das Urtheil aber wird von einem der Richter abgefaßt und ist spätestens binnen drei Tagen nach der Verkündigung, von sämmtlichen bei der Entscheidung thätigen Richtern unterschrieben, auch der Gerichtsschreiberei zu übergeben. Es muß enthalten: „eine gedrängte Darstellung des dem Rechtsstreite zum

Grunde liegenden Thatbestandes in Gemäßheit der Vorträge der Parteien, bez. des Ergebnisses der Beweisführung, unter Hervorhebung der Schlußanträge der Parteien, bez. des Staatsanwaltes (eine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze, so wie etwa zu Protokoll gegebene Erklärungen der Parteien ist nicht ausgeschlossen); die Entscheidungsgründe; die äußerlich getrennt zu haltende Entscheidung.“ Binnen drei Tagen kann jede Partei Berichtigungen der thatsächlichen Darstellung erwirken, was um so wichtiger ist, weil „die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis liefert, welcher lediglich durch das Sitzungs-Protokoll entkräftet werden kann.“ (§§. 355 bis 360.)

II. Stellung des Beweisverfahrens.

1. Zur Orientirung.

Die Mannigfaltigkeit der im Proceß zu lösenden Aufgaben, namentlich die Nothwendigkeit der Feststellung des gegenseitigen Verhältnisses der factischen Angaben beider Theile, der Ausscheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen, des Bewiesenen vom Unbewiesenen, haben zu allen Zeiten den Gedanken nahe gelegt, daß der Proceß in verschiedenen Stadien zerfallen müsse, welche den verschiedenen zu lösenden Aufgaben entsprechen. Insbesondere ist es die in den meisten Processen sich ergebende Nothwendigkeit, einzelne Thatsachen zu beweisen, was zu einer solchen Abtheilung der Proceßhandlung drängt.

Am vollständigsten durchgeführt ist diese Gliederung in den Abschnitten, an welche der schwerfällige aber sichere Gang des gemeinen deutschen Civilprocesses gebunden ist. Der erste Abschnitt des Verfahrens ist lediglich dem Austausch der Behauptungen und Erklärungen der Parteien, der Feststellung des Streitpunctes gewidmet. Durch diese Proceßhandlungen werden zunächst die Parteien in die Lage gebracht, sich über ihre Stellung klar zu werden; es wird aber auch dem Richter der Ueberblick über den Stand des von ihm ausgeführten Streites verschafft, so daß er nunmehr im Stande ist, sich das Urtheil so zurechtzulegen, wie es unter der Voraussetzung, daß die Behauptungen dieser oder jener Partei richtig sind, sich gestalten muß. So vorbereitet, fällt er ein Urtheil, welches die Thatsachen, die ihm einerseits wesentlich,

andrerseits aber zweifelhaft erscheinen, bezeichnet, und die Beweislast normirt. Es ist klar, daß dieses Erkenntniß, obgleich scheinbar nur ein vorläufiges, den Keim des Definitiv-Erkenntnisses bereis in sich trägt, daß also den Parteien auch Rechtsmittel gegen dasselbe gewährt sein müssen. Steht es aber, nach Erschöpfung dieser Rechtsmittel fest, so beginnt ein neuer Abschnitt des Processes, das Beweisverfahren, mit seinen Unterabtheilungen: Beweisantretung (Beweisaufnahme), Prüfung und Erörterung der Resultate, (Beweisausführung) als Vorbereitung zur Fällung des Definitiv-Erkenntnisses.

Im Gegensatze hiezu stehen jene Gesetzgebungen, welche den Proceß so viel als möglich in einen innerlich möglichst frei verlaufenden Act zusammendrängen. In diesem Sinne muß der römische Proceß trotz des Doppelverfahrens in jure und in judicio aufgefaßt werden, weil jene Eintheilung mehr auf einer Abgrenzung der Competenz zwischen magistratus und judex beruhte, und weil ersterer den Punkt nur im Allgemeinen ordnete und in gewisse Gränzen einengte, in der Regel aber für das Verfahren vor dem judex nicht blos That- sondern auch Rechtsfragen noch offen ließ. Dieses Verfahren vor dem judex war dann ein streng einheitliches, in welchem die Vorträge der Parteien und die wesentlich diesen selbst überlassene Vorführung der Beweismittel mit einander verwebt waren, und der Richter unbeschadet einem ausgedehnten Proleßleitungsrecht doch erst, nachdem er Alles für und wider angehört hatte, veranlaßt war, ein Erkenntniß zu fällen.

Die entschiedendste Aehnlichkeit mit dem alten römischen Proceß hat der heutige englische, zunächst schon darum, weil auch hier zwei verschiedene richterliche Persönlichkeiten einschreiten, und dennoch der so nahe gelegte Anlaß die Verhandlungen über die That- von der über die Rechtsfrage scharf zu sondern keineswegs benützt wird. Zwar zerfällt auch der englische Proceß in zwei scharf gegliederte Abschnitte, deren erster mit dem römischen Verfahren vor dem Prätor namentlich in der älteren Zeit eine um so größere Aehnlichkeit hat, weil das englische Recht für die einzelnen Klagen und Einreden ein gleiches System des stricten Formalismus zeigt wie der ältere römische Proceß. Allein, während in Rom jenes erste Verfahren vor dem Magistrat stattfand und durch die Instruction (formula) abgeschlossen wurde, durch welche der Magistrat dem Richter (judex) die Leitung und Schlichtung des Processes übertrug, besteht in England das erste Verfahren in einem we-

sentlich außergerichtlichen Austausch schriftlicher Parteienerklärungen Allerdings ist es möglich, daß bei diesem Schriftenwechsel sich herausstellt, wie die Entscheidung des Rechtsstreites lediglich von der Beantwortung der Rechtsfrage abhängt, so daß sogleich die endgiltige richterliche Verfügung erfolgen kann. Principiell hat sogar derjenige, wider welchen eine Klage oder technische Einrede erhoben wird, nur die Wahl zwischen der Abläugnung der Thatsachen und der Bestreitung ihrer rechtlichen Relevanz (demurrer). Allein praktisch ist dies nur zur Hälfte wahr; die Vorbringung des demurrer enthält gesetzlich das Zugeständniß der Thatsache und hat somit für denjenigen, der in dem Rechtspunkte unterliegt, den Verlust des Processes zur Folge; allein wie sich sogleich zeigen wird, tritt nicht auch das Umgekehrte ein, und die Bestreitung der Thatsachen hat keineswegs zur Folge, daß es unmöglich gemacht würde, die richterliche Prüfung ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit zu veranlassen. Ergibt sich nämlich aus den gewechselten Schriften eine Divergenz über die Thatsachen (issue in fact), so hat der Anwalt des Klägers für die Einberufung der Jury und beziehungsweise für die Vorbringung der Sache vor die nächste Assise zu sorgen; er hat namentlich eine Abschrift aller gewechselten Schriften, welche dem Gegner zur Berichtigung vorzulegen ist, dem Richter einhändigen zu lassen. Kommt dann die Sache an die Reihe, so erfolgt vor dem Richter und den Geschwornen die Verhandlung in der Weise, daß zuerst der Kläger das Wort ergreift, um die Thatsachen darzulegen, auf die er sich stützt, und sofort nach eigener Wahl und eigenem Ermessen, nur eingeengt durch die rechtlich feststehenden Regeln über die Zulässigkeit der Beweismittel, die außergerichtlich gesammelten Beweise vorführt. Ein ähnliches Verfahren kann sodann der Beklagte einhalten, wenn er es nicht vorzieht, sich auf die Kritik des vom Gegner Vorgebrachten zu beschränken, in welchem Falle ihm das letzte Wort bleibt, während es dem Kläger gebührt, wenn der Beklagte Beweismittel vorgelegt hat; erst jetzt beginnt normal die Thätigkeit des Richters, welcher den Geschwornen die Anleitung für die Fällung des Wahrspruches ertheilt; er stellt dabei die Lösung der Thatfrage gänzlich ihnen anheim und belehrt sie nur über die gesetzlichen Beweisvorschriften. An diese Rechtsbelehrung des Richters, sowie an diejenige, welche er ihnen über die das meritum causae betreffende Rechtsfrage ertheilt, sind die Geschwornen gebunden. Es ist dem Richter aber auch außerdem vielfache Gelegenheit geboten, sowohl vor als nach

dem Wahrspruch, welcher nur in allgemeinen Ausdrücken dem Kläger oder Beklagten Recht gibt, seine Rechtsansicht zur Geltung bringen d. h. die Klage oder Einrede zurückzuweisen, ungeachtet die Wahrheit der Thatsachen, auf welche sie gestützt wird, dargethan ist. Der Regel nach aber erfolgt gar kein eigentliches Urtheil, sondern der Wahrspruch der Geschwornen, welcher nur in allgemeinen Ausdrücken dem Kläger oder Beklagten Recht gibt, sonst aber nur die zu zahlenden Beträge und zu ersetzenden Kosten ziffermäßig feststellt, wird protokollirt und die Redaktion des Spruches ergibt sich somit erst aus den Parteischriften, indem die fragliche Parteibehauptung wörtlich so, wie sie gemacht worden ist, aufgenommen wird (Rüttimann Der englische Civilproceß §. 399).

So groß diese Verschiedenheiten sind, so steht doch nach dieser Seite hin dem englischen Proceß der österreichische in der Gestalt, welche ihm die Josephinische Gerichtsordnung gab, am nächsten. Auch die allgemeine Gerichtsordnung kennt nämlich die gemeinrechtliche Trennung des Verfahrens nicht; es findet kein Beweisurtheil, nur eine von der nachträglichen Ausführung gewisser Beweise abhängig gemachte (bedingte) Definitiv-Entscheidung Statt. Auch hier also ist es lediglich Sache der Parteien, voraus zu berechnen, welche Thatsachen der Richter relevant finden mag, und ihm dafür die Beweismittel sofort zur Verfügung zu stellen; auch hier hat der Richter in dem Augenblick, wo er zum erstenmal sich über die Sache auszusprechen hat, den ganzen Stand der Sache vor Augen; denn wenn gleich die Zeugen in diesem Augenblick noch nicht (wie in England) vernommen, die Eide noch nicht geschworen sind: so liegen dem Richter doch schon die Aussagen der Zeugen und die Eidesformeln, deren Beschwörung die Parteien in Aussicht stellen, wörtlich vor, und es scheint somit, daß er seine Entscheidung nur von der Nachtragung von Formalitäten abhängig mache.

Es ist bekannt, daß die österreichische Gesetzgebung sich bald bestimmt sah, von der vollen Consequenz dieser Einrichtung nachzulassen. Zwar ward an der Einheit des Verfahrens festgehalten; allein es wurde doch ein Beweisinterlocut wieder eingeführt, wenn gleich in veränderter Gestalt. Dieses Beweisinterlocut ist nahe verwandt mit dem Interlocut des französischen, noch mehr mit dem Beweisresolut des jetzigen preußischen Processes. Auch im jetzigen preußischen Processe müssen nämlich sofort bei jeder Behauptung die dafür zur Verfügung

stehenden Beweismittel angeboten, die Urkunden producirt werden; jedenfalls muß dies vor Schluß der Verhandlung geschehen. Namentlich also ist die Verhandlung über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises so wie einzelner Zeugen, ganz wie in Oesterreich, mit der Verhandlung über die Hauptsache zu verbinden; nur hat die Partei keine Beweisartikel vorzulegen. (Koch Preuß. Civilproceß §. 237.) Das Beweisresolut des preußischen Rechtes muß daher: „die zu beweisenden Thatsachen und die Beweise festsetzen“ (§. 30 der V. v. 1. Juni 1833), was wohl nur so verstanden werden kann, daß dasselbe bereits die zu vernehmenden Zeugen namhaft macht.

Der französische Civilproceß steht dem gemeinen deutschen in diesem Punkt näher. Es werden dort nämlich die Urkunden sofort producirt; andere Beweismittel, wie namentlich Vermuthungen, Eide u. s.w. können ebenfalls im Verlaufe des Verfahrens geltend gemacht, ja sogar von Amtswegen berücksichtigt werden. Was den Zeugenbeweis betrifft, so hat jede Partei das Recht, den Gegner in einer besonderen Schrift oder in Verbindung mit den ohnehin zu wechselnden Schriften, aufzufordern, bestimmte Thatsachen, die genau zu formuliren sind, binnen 3 Tagen anzuerkennen oder abzuläugnen, widrigens selbe für zugestanden gehalten würden. Dabei beruft man sich nur im Allgemeinen auf den Zeugenbeweis, was übrigens auch in der mündlichen Verhandlung noch geschehen kann. Findet es das Gericht nun nöthig, so läßt es den Producenten durch Urtheil zum Zeugen= (oder Sachverständigen=) Beweise über die articulirten Thatsachen zu. Jetzt erst werden dem Gegner die zu ladenden Zeugen namhaft gemacht, und die auf ihre Person sich beziehenden Streitigkeiten können daher erst jetzt ausgeglichen werden. So wird also doch in den Fällen, wo es auf einen Zeugenbeweis ankommt, dem ersten auf die Behauptungen beschränkten Verfahren ein neues Proceßstadium folgen müssen.

Noch näher an das System des gemeinen Processes halten sich sämmtliche neuere legislative Arbeiten in Deutschland; so halten die badische, der Entwurf der hessischen, endlich die hannoversche Civilproceßordnung und ihr folgend die oldenburgische an der gemeinrechtlichen Trennung des Verfahrens fest, nach all' diesen Gesetzen endigt also die erste Verhandlung der Sache mit einem Beweiserkenntniß, welches Beweissatz, Beweislast und Beweisfrist regelt, den Parteien aber in der Wahl der Beweise noch volle Freiheit läßt.

So bunt die Fülle von Gestaltungen ist, welche wir hier vorführen mußten, so haben wir doch (um Verwirrung zu vermeiden) die mannigfaltigen Varietäten nicht berührt, welche sich erst noch dadurch ergeben, daß die Stellung, welche im weiteren Verlauf der erste Richter und die höhere Instanz gegenüber der getroffenen Beweisordnung einnimmt, überall anders geordnet ist. Dazu kommt nun, daß während der Werth all' dieser Formen an sich ein sehr bestrittener ist, der Natur der Sache nach sich derselbe augenblicklich verändert, so wie man sie aus dem mündlichen in einen schriftlichen Proceß oder umgekehrt versetzt.

Für unseren Zweck ist nun aber gerade die Frage maßgebend, was mit Rücksicht auf das einmal festgestellte Princip der Mündlichkeit als das Wünschenswerthere sich darstellt. Wir werden also hier folgende Fragen zu besprechen haben:

1. Soll das Beweisverfahren einen eigenen Abschnitt des Processes bilden?

2. Soll über den Beweis eine Verfügung ergehen, welche für das spätere Verfahren bindende Kraft hat, und appellabel ist?

2. Soll die Beweisanbietung mit der ersten Verhandlung verbunden oder einem besonderen Proceßabschnitte vorbehalten werden.

Die Frage, ob über den Beweis abgesondert verhandelt werden oder richtiger, ob in dem dem Beweiserkenntniß vorausgehenden Verfahren die Beweisanerbietungen wegfallen sollen, hat namentlich für Oesterreich große Bedeutung. Seit Menschengedenken sind wir von Proceßformen umgeben, deren hervorragendste Eigenthümlichkeit gerade die Verbindung der Beweisanerbietung mit der ersten Verhandlung ist; in ihr sehen wir eine der wesentlichsten Ursachen der größeren Beschleunigung unserer Civilrechtsstreitigkeiten — verglichen mit den nach gemeinem Proceß geführten. Selbst seitdem unsere Gesetzgebung sich bestimmt sah, gerade in den wichtigsten Fällen das bedingte Endurtheil durch ein Beweisinterlocut zu ersetzen, hatte unsere Einrichtung vor der gemeinrechtlichen noch das voraus, daß von drei mit einer richterlichen Verfügung endigenden Verhandlungen (erstes Verfahren mit dem Beweisurtheil, Productionsverfahren mit der darüber ergehenden Verfügung Beweisausführung mit dem Definitiv-Erkenntniß) die mittlere bei

uns erspart wird. Dies ist nun im schriftlichen Verfahren, welches keineswegs dazu angethan ist, die Gemessenheit seines Ganges nach der größeren oder geringeren Schwierigkeit des Geschäftes zu modificiren, ein sehr wesentlicher Vortheil. Dennoch darf man nicht sagen, daß selbst auf dem Boden des schriftlichen Processes sehr beachtenswerthe Gründe für die gedachte Trennung sprechen.

Das erste und nächstliegende Mittel zur Vereinfachung des Processes ist wohl die Ausscheidung jeder nicht unbedingt nothwendigen Arbeit. Eine Proceßeinrichtung, welche zur Folge hat, daß eine Reihe von Verhandlungen vorgenommen wird, welche sich schließlich als überflüssig darstellen, verstößt nothwendig gegen diesen Zweck. Unsere jetzige Einrichtung nöthigt aber jede Partei, über jede Thatsache, die möglicherweise dem Richter relevant scheinen könnte, Beweise anzubieten; sie nöthigt den Gegner, über die Zulässigkeit dieser Beweise einen Streit zu beginnen, der dann regelmäßig durch den Rest der Satzschriften sich fortspinnt, daneben aber auch gleich mit seinen Gegenbeweisen sich aufzustellen. Das Alles geschieht nun aber in einem Stadium der Sache, wo noch gar nicht ausgemacht, oft sogar sehr unwahrscheinlich ist, daß der Richter auf die zu erweisende Thatsache das geringste Gewicht legen werde, und es geschieht auch bezüglich aller gleichzeitig mit der Hauptsache verhandelten Einreden und Repliken. Eben dadurch schwellen unsere Satzschriften zu jenem enormen Umfange an, vermöge dessen ihre Bearbeitung so viel Zeit, Mühe und Kostenaufwand fordert. Eben deshalb auch, weil nämlich die sofortige Herbeischaffung von Beweismitteln nicht immer möglich ist, muß man meist sehr ausgedehnte Terminserweiterungen bewilligen. Bedenkt man nun, wie viele Weitläufigkeiten es ferner mit sich bringt, daß gerade in dieser Hinsicht so oft die Legung von Neuerungen begehrt und über dieses Begehren verhandelt werden muß: so wird man zugeben, daß es wenigstens sehr zu bedenken ist, ob es nicht besser wäre, erst zur Feststellung des Streitpunktes, zur Aufstellung des Beweisthema und Regelung der Beweislast zu gelangen; um sodann den Streit über die Zulässigkeit der Beweismittel nur da zu führen, wo überhaupt ein Beweis vom Richter gefordert wird.

Läßt sich auf diese Weise zeigen, daß unsere jetzige Einrichtung der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens nicht immer förderlich sei: so kommt nun noch hinzu, daß sie auch in anderer Hinsicht

nachtheilig wirkt. Die Eidesformeln und Beweisartikel müssen zu einer Zeit abgefaßt werden, wo den Parteien selbst die Sachlage und das, was an derselben wesentlich ist, nicht immer klar genug vorliegt. So lange vor der wirklichen Beweisführung, von der man oft erwartet, sie werde gar nicht nöthig sein, legen namentlich die Parteien selbst, welche ja doch allein unterrichtet sind, zu wenig Gewicht auf die Wortfassung, die sie fast immer dem Advocaten überlassen. In der Verhandlung wird diese Formulirung selten mit der erforderlichen Gründlichkeit erörtert, weil die Aufmerksamkeit durch andere Gegenstände abgelenkt ist; andererseits wird durch theilweise Zugeständnisse des Gegners Manches modificirt. Werden ferner in der Replik und Duplik Eide aufgetragen, so kann im ersten Falle der Referent über die Einwendungen seines Gegners wider die Zuläſſigkeit und die Formulirung des Eides nicht mehr gehört werden, im letzten der Delat sich überhaupt nicht mehr über die Eidesdelation aussprechen. Mit einem Worte: es werden in Folge der jetzigen Verbindung der Beweisanerbietung mit der Verhandlung dem Richter Materialien vorgelegt, die noch gar nicht spruchreif sind, und so wird dem nachfolgenden Beweisverfahren eine unpassende und doch unverrückbare Basis gegeben. Führt dies dann zu Streitigkeiten in diesem letzteren Stadium, so fehlt es an den Formen zur Austragung derselben, und es tritt dann ein mehr oder weniger tumultuarisches Verfahren ein, wie z. B. wenn der Schwörende an der Eidesformel etwas ändern will u. dgl.

Man hat sich allerdings der Hoffnung hingegeben: es werde die Nothwendigkeit, bei jeder Behauptung sogleich die dafür zur Verfügung stehenden Beweismittel anzugeben, die Parteien von muthwilliger Streitsucht abhalten. Die Erfahrung hat wohl bewiesen, daß diese Erwartung eine unbegründete war; es ist eben noch ein großer Unterschied zwischen der Anerbietung und der Vorführung der Beweise. Wie viele Eide z. B. werden angeboten, und doch nicht abgelegt! Ueberdies weiß man ja, daß es mit der Nothwendigkeit, die Beweismittel sofort anzugeben, nicht gar zu genau zu nehmen ist. Eben deshalb wollen wir auch nicht zu viel Gewicht auf die Gegenbemerkung legen: es werde eben dadurch die muthwillige Bestreitung der Wahrheit begünstigt, daß man seinem Gegner von Anfang an „in die Karte schauen" und berechnen kann, ob man nicht besorgen müsse, Lügen gestraft zu werden.

Aus all' diesen Gründen hat man sich namentlich auch in Preu-

ßen, wo dieselbe Einrichtung wie bei uns besteht, davon überzeugt, daß die gemeinrechtliche Theilung der Verhandlung den Vorzug verdiene. Der von Koch im J. 1848 gearbeitete Entwurf schrieb zwar noch die Beweisanticipation vor, und die Motive dazu nehmen dieselbe entschieden in Schutz; allein es kommt zum Vorscheine, daß ein Beweisinterlocut im Sinne des gemeinen Rechtes eingeführt wird, welches nämlich nicht blos bestimmte Beweismittel zuläßt, sondern den Beweissatz und die Beweislast feststellt.

Man scheint aber jetzt noch weiter gehen zu wollen. Unter den Schriften des ersten deutschen Juristentages nimmt eine Denkschrift des preuß. Obertribunalraths Waldeck: „Ueber einige Vorfragen betreffend die einheitliche Civilproceßgesetzgebung" einen hervorragenden Platz ein. Der erste Punkt, der hier zur Sprache gebracht wird, ist eben die Beseitigung der (obligatorischen) Beweisanticipation. Es heißt nun über diesen Punkt:

„Jede Klage und jede Einrede beruht auf den beiden Sätzen:

1. daß die Thatsachen, die ihnen zum Grunde liegen, sich in der behaupteten Art verhalten,
2. daß aus diesen Thatsachen rechtlich der gestellte Antrag folge.

Die Bejahung beider Sätze ist nothwendig, um einen günstigen Erfolg für die Partei zu erzielen, die Verneinung auch nur eines derselben macht die Partei sachfällig. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, daß der Richter unter allen Umständen immer erst über die erste Frage einen Ausspruch thun solle, weil, wenn dieser verneinend ausfällt, er sich die Beantwortung der zweiten Frage ersparen kann. Würde dann mancher unerhebliche Beweis erhoben werden, so würde von der andern Seite das Totalbild der Sache dem erkennenden Richter klarer vor Augen gestellt, und in manchen Fällen die Discussion einer höchst zweifelhaften Rechtsfrage abgeschnitten. Wäre diese Grundlage angenommen, so könnte man noch den freilich in vieler Hinsicht höchst bedenklichen weiteren Schritt thun, und richterliche Beamte oder Notare zu Zeugen- und Sachverständigen-Vernehmungen über irgend eine von dem Extrahenten zu stellende Frage, zur Augenscheins-Aufnahme, ja vielleicht, wenn beide Theile darüber einig wären, zur Eidesabnahme ermächtigen. Dann wäre der Kläger in den Stand gesetzt, Beweismittel bei seiner Klage nicht blos anzuführen, sondern beizubringen; er könnte

sich vor Anstellung der Klage die Ueberzeugung über den Beweis seiner Behauptungen selbst verschaffen, und die Beweisanordnungen des Richters könnten, wenn von dieser Befugniß Gebrauch gemacht wäre, sich der Regel nach auf Eidabnahme und Urkunden-Edition beschränken.

Bei einem solchen Systeme würde allerdings die Beibringung oder doch Angabe der Beweismittel bei Aufstellung thatsächlicher Behauptungen verlangt werden können und müssen.

Indessen das Unlogische und Unangemessene dieses Systems muß bei einiger Ueberlegung einleuchten. Die Beweisaufnahme hat einzig und allein den Zweck, daß der erkennende Richter die Ueberzeugung von der Existenz gewisser Thatsachen erlangen soll, deren er zu seinem Urtheilsspruche bedarf. Demnach muß auch der erkennende Richter feststellen, worüber Beweis erhoben werden soll; er kann nicht zu einer bloßen Maschine der Parteien herabgewürdigt werden, welche über alle und jede Behauptungen Beweis zu erheben hätte: er muß das Unerhebliche von dem Erheblichen sondern, und nur über letzteres Beweis erheben lassen. In thatsächlicher Beziehung reif zum Beweise wird die Streitsache der Regel nach erst durch die gegenseitigen Erklärungen der streitenden Parteien. Liegt es aber dem Richter ob, das Beweisthema zu präcisiren, darf er keinen unerheblichen Beweis erheben lassen, dann folgt auch mit Nothwendigkeit, daß vernunftgemäß der Richter sich die zweite Frage, den Einfluß des Factums auf das Recht, zuerst vorzulegen hat, ehe er dazu übergeht, den Beweis über die Thatsachen anzuordnen. Daß die bisherigen Proceßordnungen dem Richter diese Pflicht auflegen, hat also einen guten Grund, und es wird davon nicht abgegangen werden können.

Die Bezeichnung der Beweismittel sogleich bei Aufstellung der Behauptungen ist nun, um die Frage der Erheblichkeit des Beweissatzes zu entscheiden, der Regel nach noch nicht erforderlich. Insofern sie das aber nicht ist, erscheint sie auch unnöthig, und nur die überwiegendsten Rücksichten der Zweckmäßigkeit würden es rechtfertigen, den Parteien, bei Strafe der Sachfälligkeit, Erklärungen aufzulegen, deren es vorläufig nicht bedarf, und welche daher vor der Hand nutzloser Ballast sind, dessen Anhäufung die logische Kraft der Proceßschriften nicht erhöht. Die Beifügung ist aber nicht blos unnöthig, sie ist auch voreilig; sie nöthigt eine vorsichtige Partei, die Schriften mit Beweisantretungen über alle und jede Behauptung anzufüllen, da die Partei im Voraus

nicht wissen kann, welches Beweisthema der Richter für erheblich halten wird. Daraus entsteht Verwirrung und es wird die Möglichkeit nachtheiliger Einwirkungen des Gegners dadurch begünstigt. Es ist eine billige Forderung der Partei, daß ihr, nachdem sie den Gegenstand des zu führenden Beweises kennen gelernt hat, Zeit zur Ueberlegung gelassen werde, ob und welchen Gebrauch sie von Beweismitteln machen will, deren Vorhandensein ihr allerdings schon vorher bekannt war, welche aber nun erst in ihrer Bedeutung recht gewürdigt werden können.

Gegen so erhebliche Motive der Logik und guten Ordnung kommt die Rücksicht der Beschleunigung als untergeordnet an sich nicht in Betracht. Eine kurze Frist für den Beweisantritt genügt für diese Rücksicht vollständig. Außerdem bleibt ja die vorherige Angabe der Beweismittel der diligenten Partei facultativ, und sie wird in einfachen Sachen auch davon Gebrauch machen . . . . . .

Jene Vorschrift unserer Proceßordnung über die nothwendige Cumulation der Beweismittel mit der Aufstellung der Behauptungen gehört daher meines Erachtens in das Gebiet der übertrieben ausgedehnten richterlichen Proceßleitung, welches die preußischen Juristen aufgeben müssen.

Nebenbei wird sich der Vortheil herausstellen, daß der Richter zu einer präcisen Fassung des Beweissatzes, welche von so großer Erheblichkeit ist, genöthigt wird.

Haben wir solchergestalt die Regel begründet, so wird sich die Ausnahme wegen der Urkunden dadurch rechtfertigen, daß, wenigstens in den bei weitem meisten Fällen, die Einsicht der zum Beweise dienenden Urkunden erforderlich ist, um einestheils dem Richter eine vollkommene Anschauung der Behauptungen der Partei in Verbindung mit dem Rechtsgrunde zu geben, anderntheils den Gegentheil zu einer ausreichenden Gegenerklärung in den Stand zu setzen. Die Urkunde hat zwar den Charakter eines Beweismittels, sie ist aber, wo ein Rechts-Nexus beider Theile daraus hergeleitet werden soll, mehr als Beweismittel; sie gehört mit zur Begründung der Klage oder Einrede. Behauptet eine Partei, daß irgend etwas auf das streitige Verhältniß Bezügliches festgesetzt sei, so wird dadurch der Inhalt des Documents, in welchem dies festgesetzt worden, ein integrirender Theil ihrer Behauptungen. Mit Recht kann also verlangt werden, daß sie mit der Berufung auf dies Document nicht zurückhält, daß sie es vielmehr, wenn sie es besitzt, offen legt, oder

sonst dem Richter und dem Gegentheil durch Editionsanträge die Einsicht sofort ermöglicht. Denn nur dadurch gewinnt die factische Grundlage einen festen Boden. Die Partei darf nicht fordern, daß man sich mit ihren eigenen ungewissen Angaben über den Inhalt des Documents begnügt, während die Einsicht des Documents die allein präcise Auskunft ertheilen kann. Diese Einsicht gibt den auch vermöge der nothwendigen Gegenerklärung des anderen Theiles zugleich Aufschluß über die Authenticität. Damit steht dem Richter das referens mit dem relatum vor Augen, und er ist im Stande, die Behauptungen der Parteien vollständig und richtig aufzufassen und zu würdigen.

Es muß daher, was den Urkundenbeweis betrifft, die Partei allerdings als sachfällig betrachtet werden, wenn sie die Urkunden nicht vorher beigebracht, oder die Einsicht ermöglicht hat. Ließe man hier ein Zurückhalten zu, so würde das Beweisthema, blos nach den Behauptungen der Parteien über den Inhalt der Urkunde präcisirt, an sich vage werden, und nicht selten erst nach Production der Urkunde der Streit über deren Inhalt in seiner Beziehung zur Klage und zum Einrede-Fundament von neuem beginnen. Es ist aber nicht angemessen, daß der interloquirende Richter wie der Blinde von der Farbe redet, und es ist völlig in der Ordnung, daß die Parteien dem Richter alle Schriften, welche die Streitsache betreffen, offen legen."

Wir haben bisher die Frage lediglich vom Gesichtspunkt des bisherigen Processes betrachtet; es ist aber jetzt noch zu berücksichtigen, daß dasjenige, was im schriftlichen Verfahren eben nur als das Zweckmäßigere erscheint, in einem auf Mündlichkeit gebauten Proceß etwas Unerläßliches ist. Um sich davon zu überzeugen, braucht man sich nur die Frage vorzulegen, was geschehen müßte, wenn in einer einigermaßen verwickelten Sache dem Gerichte der volle Inhalt unserer jetzigen Satzschriften mündlich vorzutragen wäre? Wie sollte es möglich sein, das Chaos von Detailpunkten, welches sich ergibt, wenn Behauptungen und Beweisanerbietungen, Rechts= und Thatfragen, gleichzeitig discutirt werden, zu übersehen, und nach e i n e r Verhandlung, in e i n e m Erkenntniß zu ordnen.

Allerdings kennt der französische Proceß die deutsch=rechtliche Theilung des Verfahrens nicht. Allein in Frankreich besteht der Urkundenzwang und die Ausschließung des Zeugenbeweises in einem Umfange, der die gerechtesten Bedenken einflößt; es ist das einer der Punkte, in

welchem fast Alle darüber einig sind, daß man vom französischen Muster unbedingt abweichen müsse. Ueberdies aber besteht in Frankreich (nur in sehr untergeordneter Form) im Wesentlichen doch dasjenige, was in dem oben erwähnten Antrag Waldeck's vorgeschlagen wird. Es wurde nämlich schon bemerkt, daß auf Eide, Augenschein und auch Kunstbefund von Amtswegen erkannt werden könne; daß der Zeugenbeweis nur im Allgemeinen ohne Namhaftmachung der Zeugen angeboten wird. Es ist also die Anerbietung jener Beweismittel nicht obligatorisch; es wird auch über die Details des Zeugenbeweises nicht verhandelt, und das erste Verfahren betrifft daher in Frankreich nur die Urkunden und die Vermuthungen, mit welch' letzteren freilich ziemlich summarisch umgegangen wird.

Gerade die Entfeßlung der Beweistheorie im Civilproceß von ihrer bisherigen Starrheit, welche bei der Reform unseres Civilprocesses anzustreben sein wird, wird zwar dahin führen, daß der Indicienbeweis in sehr ausgedehntem Umfange wird zugelassen werden müssen. Allein Niemand wird verkennen, daß diese Zulassung nicht zum Vorwand für oberflächliches und voreiliges Aburtheilen gereichen dürfe, wie dies — ein Blick in das Werk Zink's, des begeisterten Lobredners des französischen Beweisrechtes kann davon Jeden überzeugen — im französischen Proceß allerdings mitunter vorkommt. Dagegen kann nun aber eben gar nichts Schutz gewähren, als die Absonderung der Beweisanerbietung, so wie umgekehrt selbst unser jetziger schriftlicher Proceß schon in sich selbst unmöglich gemacht würde, wenn der Indicienbeweis in demselben Aufnahme fände, und die Satzschriften jetzt auch noch Alles aufnehmen müßten, was die Parteien als Indicien geltend machen, und womit sie diese erweisen wollen.

Wir glauben also dargethan zu haben: daß bei Einführung des mündlichen Verfahrens die Parteien von der Verbindlichkeit, die Beweise sofort bei den Behauptungen, bei sonstiger Ausschließung, vorzubringen (mit alleiniger Ausnahme des Urkundenbeweises) entbunden werden müssen, und daß die Beweisanerbietung u. s. w. erst erfolgt, wenn ein richterliches Erkenntniß Beweissatz und Beweislast geregelt hat.

3. Beweisurtheil — oder Beweisdecret?

Das Verhältniß des über den Beweis ergehenden richterlichen Erkenntnisses zum weiteren Verlauf des Processes kann sich auf verschie-

dene Art gestalten, je nachdem man diesem richterlichen Act und dem darauf gebauten Verfahren eine dauernde oder nur eine vorübergehende Bedeutung einräumt. Der gemeine deutsche Civilproceß verlangt ein wahres Beweisurtheil. Durch dasselbe wird zunächst allerdings nur der Beweissatz und die Beweislast geregelt, allein da dies in definitiver Weise geschieht, da an die Festsetzungen des in Rechtskraft erwachsenen Beweisurtheils die Richter aller Instanzen sich halten müssen: ist natürlich der Gedankengang, welcher zu dem Beweisinterlocut führte, auch für das Endurtheil maßgebend, d. h. es steht fest, daß das Schicksal des Processes lediglich von dem Ausgang der auferlegten Beweisführung abhängt. Es ist also das Beweisurtheil des gemeinen deutschen Processes nur in Form und Ausdruck verschieden, in der Sache selbst aber vollkommen gleich dem bedingten Endurtheil, welches die Josephinische Gerichtsordnung vorschrieb, und welches noch heute bei uns in jenen Fällen ergeht, wo die Entscheidung lediglich von der Ablegung eines Eides abhängig ist. Es versteht sich von selbst, daß gegen ein solches Erkenntniß Rechtsmittel zugelassen werden müssen, sowie daß es umgekehrt, einmal in Rechtskraft erwachsen, auch die höheren Instanzen bindet.

Nach einer geradezu entgegengesetzten Auffassung ist das Beweisinterlocut nichts anderes als eine proceßleitende Verfügung (Beweisdecret), welche allerdings schon durch ihren unmittelbaren Inhalt empfindlich genug in die Rechte einer Partei eingreifen kann, um die Gestattung eines Rechtsmittels dagegen allenfalls zu rechtfertigen, welche aber auf den weiteren Verlauf des Processes keinen entscheidenden Einfluß übt. Der Unterschied liegt darin, daß nach abgeführtem Beweis und bei der Fällung des Definitiverkenntnisses dem Richter seine volle Freiheit wieder gegeben ist, daß er vollkommen ungebunden auch jene Materialien, welche für die Schöpfung des Beweisinterlocuts benützt worden sind, würdigen, und somit auch eine Entscheidung fällen kann, welche ebenso gut auch ohne den abgeführten Beweis hätte erfolgen können. Diese Stellung hat bekanntlich das in Oesterreich auf Grund des Gesetzes von 1835 ergehende Beiurtheil, wodurch auf Zeugenbeweis oder Kunstbefund erkannt wird. Ganz ebenso verhält es sich mit den in Frankreich ergehenden Erkenntnissen, wodurch eine enquête oder expertise angeordnet wird.

Die Zulassung von Rechtsmitteln gegen ein solches Beweisdecret ist nicht im gleichen Sinn eine Nothwendigkeit wie bei einem eigent-

lichen Beweisurtheil; es sind für dieselbe lediglich Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend, und wenn in einem Lande Proceßeinrichtungen hergestellt werden, welche der Verschleppung der Sache dadurch begegnen, daß sie die Berufung gegen bloße Zwischenverfügungen ausschließen, so ist es nur consequent, daß auch die Berufung gegen ein bloßes Beweisdecret ausgeschlossen ist. Es ändert daher nichts an der Natur dieses letzteren, wenn es in Frankreich appellabel, in Preußen und in Baden für sich inappellabel ist, da es sich ja von selbst versteht, daß bei Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das Endurtheil die höheren Richter an das Beweisdecret der ersten Instanz so wenig als an ein etwa von ihnen selbst gefälltes, gebunden sein können, somit die Berufung gegen das Beweisdecret nicht ausgeschlossen, sondern nur bis zum Endurtheil aufgeschoben ist.

Genau genommen, stehen sich also trotz der Verschiedenheiten, welche sich ergeben, je nachdem das Beweiserkenntniß bindend, oder nicht bindend, einer Berufung unterworfen oder nicht unterworfen ist, trotz der mannigfachen Varietäten, welche ersonnen wurden, um den Bedenken zu begegnen, welche immer hervortreten, man mag sich nun für das Eine oder für das Andere entscheiden, nur zwei Grundformen gegenüber, welche durch die Schlagworte Beweisurtheil und Beweisdecret bezeichnet werden. Was nämlich bei dieser Wahl von der Gesetzgebung zu erwägen ist, läßt sich wohl kaum besser als mit den Worten Planck's[1]) sagen. „Die Trennung in zwei Abschnitte," bemerkt er, „geschieht zu dem Zweck, um, ehe man zum Beweisen vorschreitet, sich klar zu werden, worauf es eigentlich ankomme. Man hält inne, um durch genaue Betrachtung und Erwägung dieser Frage sich zu den weiteren Schritten gehörig vorzubereiten. Welche äußere processualische Gestalt nun dem Resultat der Betrachtungen gegeben werden solle, das hängt von der Abwägung und Schätzung zweier sich gegenüberstehender Gefahren ab. Der Zweck des ganzen Stillstandes und Einhaltens führt sehr natürlich zu dem Wunsche, daß dem Resultat der Untersuchung über Relevanz oder Irrelevanz die möglichste Festigkeit und Sicherheit gegeben werde, damit man in dem weitern Verfahren der Beweise auf nicht wankender Basis ungehindert zum Ziele fortschreiten könne. Dies führt zu einer möglichst unabänderlichen Proceßform. Aber dabei zeigt sich

---

[1]) Die Lehre vom Beweisurtheil (Göttingen 1848) S. 395.

die erste Gefahr. Hat man sich vergriffen, so ist der Fehler hernach gar nicht wieder gut zu machen. Man muß wider Willen mit peinlich verletztem Rechtsgefühl an die unrichtige Basis sich binden und wider besser Wissen ein falsches Endurtheil abgeben. Grade gegenüber liegt die zweite Gefahr. Wählt man eine abänderliche Proceßform, so wird der ganze Nutzen des Einhaltens und der Ausscheidung des Relevanten in Frage gestellt, und am Schluß des zweiten Abschnitts sieht man sich am Ende wieder auf den Anfang zurückgeworfen, weil die Basis wankt, auf der man operirte. Um diese zwei Klippen glücklich zu vermeiden, hat man die mannigfaltigsten Versuche gemacht, und dadurch eine Reihe von verschiedenartigen Proceßformen hervorgerufen, die näher darzustellen und zu prüfen sind."

Fragen wir nun, welche Stellung bei dieser dornenvollen Wahl die hannover'sche Proceßordnung eingenommen, so finden wir, daß sie einen Ausweg eingeschlagen, der schon früher in Kurhessen versucht wurde. Gegen das Beweisinterlocut findet eine Berufung nur im Zusammenhang mit der Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache statt. Dennoch soll der Richter erster Instanz an sein Interlocut gebunden sein. Zur Rechtfertigung dieses Vorganges bringen die Motive zwei Gründe vor. Der erste derselben ist (so heißt es dort) mehr allgemeiner Natur und betrifft die Gefahr, welcher das Proceßverfahren ausgesetzt ist, sobald es in einer und derselben Instanz nicht einmal, sondern selbst mehreremal auf einen früheren Punkt wieder zurückgeworfen werden kann. Der zweite, mehr specielle Grund hängt mit der Natur des mündlichen Verfahrens zusammen. Wenn es ein unbedingtes Erforderniß ist, daß jedes Mitglied eines Gerichtes von dem Gegenstande einer bestimmten Beurtheilung vollständige Kenntniß erhalten habe, die Reconstruction eines Gerichtes aus denselben Personen in vielen Fällen aber nicht allein schwierig, sondern ganz unmöglich erscheint; wenn die Güte eines Urtheils dadurch bedingt wird, daß der zu beurtheilende Vorgang den zur Beurtheilung berufenen Personen in lebendiger Erinnerung sei, das menschliche Gedächtniß aber schwach und trügerisch ist, so stellen sich im mündlichen Verfahren Stadien, welche, indem sie eine frühere Verhandlung abschließen, die Grundlage für die folgende Verhandlung abgeben, als durchaus wünschenswerth dar. Ein solches Stadium bildet das Beweisinterlocut, sobald das Gericht, welches dasselbe

erließ, daran gebunden bleibt. Ohne dieses Gebundensein würde, zumal wenn die Beweisaufnahme eine längere Zeit in Anspruch genommen hat, die Wiederholung der früheren Verhandlungen in sehr häufigen Fällen nicht zu vermeiden sein.

Wir finden in diesen etwas lakonisch gehaltenen Motiven nun allerdings nicht die Widerlegung dessen, was Planck schon gegen das System des kurhessischen Gesetzes von 1834 vorgebracht hat, und was also auch der hannover'schen Proceßordnung entgegensteht. Er sagt: „Das Decret nimmt hier zum Theil die Natur des Beweisurtheils an und wird so ein Zwischending zwischen beiden. Urtheil ist es für die untere Instanz, denn der Richter selbst ist daran gebunden: Decret für die obere, denn die Appellation vom Endurtheil hebt es mit auf. Aber ganz abgesehen von diesem theoretischen Bedenken des deutschen Proceßrechts, die Gefahr wird dadurch zwar verkleinert, aber keineswegs vermieden. In derselben Instanz wird man zwar nicht auf den Anfang zurückgeworfen, aber in jeder höhern. . . . . Die Gefahr selbst bleibt auch hier immer groß genug, worüber man sich ja nicht täuschen darf. Wir wollen noch gar kein Gewicht darauf legen, daß der Unterrichter sich mit seinen Beweisdecreten keine besondere Mühe geben wird, da er weiß, daß doch nichts darauf ankommt. Entscheidend scheint uns die Erfahrung, daß bei weitem die meisten reformirenden Erkenntnisse den Beweissatz und die Beweislast betreffen; mit andern Worten, daß der Dissens des Oberrichters von dem Unterrichter in den meisten Fällen sich eben auf die Gegenstände bezieht, welche den Inhalt des Beweisdecrets ausmachen. Hieraus folgt, daß ein neues Beweisverfahren in der obern Instanz nicht allein eine Möglichkeit, sondern sogar eine Wahrscheinlichkeit sein wird, wenn überhaupt eine Reformation eintritt."

Planck macht ferner darauf aufmerksam, daß bei dieser Einrichtung „der eigentliche Schwerpunkt des Verfahrens in die oberste Instanz gelegt, und dorthin die eigentlich definitive Instruction des Processes verwiesen wird, statt daß die Aufgabe der obern Instanzen nur die sein kann, verbessernd und überwachend über der Rechtspflege der untern Gerichte zu stehen, denen die eigentliche Geschäftslast zugewiesen bleiben muß. Bei jener Einrichtung aber ist das Verfahren vor dem Unterrichter ein bloßes Vorspiel, die Aburtheilung ein unmaßgeblicher Versuch. Durch die Appellation wird von dem Oberrichter die Sache doch wieder auf den Zustand bis zur Einreichung der Klage zurückgeführt, und die

Instruction von neuem begonnen. Kein Wunder, wenn die Parteien in der untersten Instanz sich keine Mühe geben, sich unwillig und nachlässig den Anordnungen des Unterrichters fügen, und nur die leicht einzuhaltende Grenze eines förmlichen Ungehorsams nicht überschreiten. Kein Wunder, wenn der Unterrichter alle Lust und Muth verliert, ein so mißmuthiges Verfahren zweckmäßig zu leiten. Ja selbst über seine Ungeschicklichkeit und Fehler erhält er keine Belehrung. Nach Jahren kommt ein abgeändertes Endurtheil vom Obergericht, und es ist reiner Zufall, wenn er aus den Entscheidungsgründen sich herausliest, worin er gefehlt hat, und was er anders hätte machen müssen. Und nun auf der anderen Seite die Geschäftsüberhäufung der Obergerichte. Dort beginnt dann die wahre Thätigkeit der Parteien. Mit neuen Beweisdecreten beginnt eine neue selbstständige Instruction. Je höher hinauf, desto größer die Last. Die Erfahrung Kurhessens seit 1834 hat diese Befürchtung insofern bestätigt, daß das Oberappellationsgericht sich bald dermaßen mit Geschäften überhäuft fand, daß eine beträchtliche Vermehrung des Personals als unumgänglich angesehen ward. Auch läßt sich dies durch eine ganz einfache Berechnung darthun. Fehler in Abfassung der Beweisinterlocute werden von den Untergerichten unter der Herrschaft des neuen Gesetzes mindestens ebensoviel gemacht, als zur Zeit des Beweisurtheils. Mithin sind ebensoviel Appellationen nöthig. Ehemals hatten die Obergerichte nur das Beweisurtheil zu reformiren, jetzt müssen sie außerdem die Instruction des ganzen verbesserten Beweisverfahrens übernehmen. Das letzte ist mithin reiner und nicht unbeträchtlicher Zuwachs ihrer Arbeit. Ein unabänderliches Beweisinterlocut — und das ist ja auch das Kurhessische für den Unterrichter, der es erlassen — also ein Beweisurtheil schneidet so tief in den ganzen Proceß ein, wie kein anderer Zwischenbescheid, ja es enthält den eigentlichen Schwerpunkt des ganzen Processes, so daß das künftige Endurtheil nur als eine Folgerung desselben angesehen werden kann. Unter solchen Umständen ist man gezwungen, wenn man überhaupt höhere Instanzen haben will, dieselben gegen das Beweisurtheil zu gestatten, und zwar aus denselben Gründen, aus denen nach bekannten, auch in das Kurhessische Gesetz aufgenommenen Regeln gegen das Erkenntniß auf Eid appellirt wird, und nicht gegen das darauf basirte Enderkenntniß. Der täuschende Schein liegt offenbar nur darin, daß man glaubte, man habe das Beweisinterlocut zu einem blos proceßleitenden Decret gemacht

durch die Bestimmung, daß der Oberrichter nicht daran gebunden sei. Dem ist in der That nicht so. Man hat genau genommen dasselbe als ein Urtheil belassen für den Unterrichter, nur hat man für den Oberrichter die Appellation dagegen nicht sogleich gestattet, sondern an eine Consequenz desselben geknüpft, und dadurch ein in der Mitte liegendes Proceßstück, das Beweisverfahren, geschaffen, dessen Nutzen in der Luft schwebt, und rein zufällig ist, nämlich wenn der Oberrichter das Beweisurtheil bestätigt. Die Appellabilität kann dem Beweisinterlocut nur dann versagt werden, wenn man es rein proceßleitend, wie im preußischen Proceß, auffaßt, folglich auch dem Unterrichter die Abänderung gestattet. Sonst wird es stets den Mittelpunkt des ganzen Verfahrens ausmachen."

Man kann sich dem Gewicht dieser Bemerkungen nicht entziehen, und in der That sehen wir, daß schon das oldenburgische Gesetz hier seinen Vorgänger verlassen hat; es hält das Beweisinterlocut als ein der Appellation unterworfenes, der Rechtskraft fähiges, somit auch für die Zukunft bindendes Erkenntniß aufrecht, und ertheilt nur dem Gerichte die allerdings nicht unbedenkliche Befugniß, zu bestimmen, daß die Appellation bis nach geschöpftem Enderkenntniß aufgeschoben bleibe, wenn es der Ansicht ist, „daß die Appellation lediglich zur Verzögerung des Rechtsstreites dienen würde."

Alles wohl erwogen glauben wir, daß es in der That keinen Mittelweg gibt, der befriedigen kann. Man muß eben wählen zwischen zwei entgegengesetzten für die Gestaltung des Processes durchaus maßgebenden Principien. Entweder wird der Proceß so eingerichtet, daß jeder einzelne Richter in jedem Augenblick, unbeirrt von Formen, dasjenige zur Anerkennung bringen kann, was ihm eben jetzt als recht erscheint; oder man findet umgekehrt die beste Gewähr für die Gerechtigkeit des Ausspruches darin, daß man durch möglichst zweckmäßig geregelte Formen auf Vereinfachung der dem Richter jedesmal gestellten Fragen hinwirkt, ihm also ein engeres Terrain anweist, dessen Grenzen er einhalten muß, innerhalb deren er sich aber um so sicherer bewegt.

Steht man auf dem ersteren Standpunkt, so kann man natürlich nur ein Beweisdecret zulassen; man kann den Richter an die bereits ergangene Verfügung nicht binden; man darf ihn nicht hindern, trotzdem daß er oder ein anderer Richter die Sache früher anders auf-

faßte, seine gegenwärtige Ueberzeugung nach allen Seiten hin frei auszusprechen. Man muß aber allerdings dieselbe Freiheit auch den höheren Instanzen einräumen; wir sagen den höheren Instanzen, denn man denkt zwar bei solchen Einrichtungen zunächst nur an eine Berufungsinstanz; allein es ist offenbar inconsequent oder doch wenigstens auffallend willkürlich, wenn man dann die Cassationsinstanz, das höchste, die meisten Garantien gewährende Gericht durch Formen einengen, es zu dem einzigen Gericht machen will, welches durch seine Stellung genöthigt wird, dasjenige was ihm materiell als Unrecht erscheint, formell als Recht zu proclamiren. Sehen wir aber auch davon ab, so muß doch jedenfalls der Verhandlung in zweiter Instanz die volle Freiheit gegeben werden; es kann der Berufungsbehörde nicht die Verpflichtung auferlegt werden, eine Behauptung oder ein Beweisanerbieten der Partei lediglich aus dem Grunde unberücksichtigt zu lassen, weil sie schon in erster Instanz hätten vorgebracht werden sollen; das beneficium nondum allegata allegandi, nondum deducta deducendi gibt somit der Verhandlung in zweiter Instanz einen wesentlich anderen Charakter; die Sache kann dort eine neue, ganz ungeahnte Wendung nehmen; der Schwerpunkt des Verfahrens liegt von da an in der Verhandlung zweiter Instanz und besonders wenn diese zugleich die letzte ist und die Bedeutung der conformen Sentenzen wegfällt, wird das Urtheil der ersten Instanz der bloße Entwurf eines Erkenntnisses, ein den Parteien gemachter Vorschlag, bei dem sie sich nach Belieben beruhigen können oder nicht. Unter solchen Umständen verliert begreiflich das Beweisdecret der ersten Instanz noch mehr an seiner Bedeutung; es ist überflüssig eine selbstständige Berufung dagegen zuzulassen, und es will nicht gar zu viel sagen, obgleich es inconsequent ist, wenn der Richter der ersten Instanz an sein Beweisdecret gebunden wird.

Entscheidet man sich für das entgegengesetzte System, wie es unserer Josephinischen Gerichtsordnung zu Grunde lag, und — obgleich in manchem durchbrochen — noch jetzt wenigstens das gegenseitige Verhältniß der Instanzen regelt, so kommt man allerdings zu anderen Resultaten. Soll die zweite Instanz wie bisher an dasjenige Verhandlungsmaterial gebunden bleiben, welches dem ersten Richter vorlag, so kann sie nicht umhin, die Form unter Umständen über die Sache zu stellen. Sie urtheilt nur innerhalb des engeren Kreises, der ihr offen

geblieben ist, nur rebus sic stantibus. Ist dem so, so ist ihre Stellung zu dem Beweiserkenntniß der ersten Instanz eine wesentlich andere; vor ihr liegen die Sachen genau, wie sie vor dem ersten Richter lagen; sie muß den Gedankengang, welcher letzteren zum Beweisinterlocut führte, jedenfalls prüfen, und wenn sie mit diesem übereinstimmt oder an ihn gebunden ist, so wird sie nicht in die Lage kommen, das Beweisverfahren der ersten Instanz nachträglich für überflüssig erklären, oder auf dasselbe ein neues erst pfropfen zu müssen. Das Eine wie das Andere wäre ein processualisches Uebel, das man gewiß unter allen Umständen gern vermeiden möchte, und das man bei dieser Stellung der zweiten Instanz auch gar wohl vermeiden kann. Es braucht nur eben der Gedanke weiter ausgebildet zu werden, daß jedes Stadium des Processes einen geschlossenen Theil des Ganzen bildet, in welchen später der Regel nach nichts hineingetragen werden kann. So aufgefaßt bezeichnet der Moment, wo der Richter über das Beweiserkenntniß mit sich zu Rathe geht, den Abschnitt des *ersten* Proceßstadiums; das nunmehr ergehende Erkenntniß soll daher die gesammte vorausgehende Thätigkeit zum Abschluß bringen und den weiteren Proßceßstadien eine unverrückbare Basis geben. Indem also der Richter die feststehenden Thatsachen von den bestrittenen, die erheblichen von den unerheblichen sondert, macht er sich auch das Rechtsverhältniß, über welches der Streit geführt wird, und die Frage über die Beweislast klar; sein Geschäft in diesem Augenblick besteht daher durchaus in der Lösung der *Rechtsfragen* und in der Auslegung der vor Gericht abgegebenen Erklärungen der Parteien. Nichts steht (begrifflich) im Wege, daß die Resultate dieser seiner Erwägungen durch ein Urtheil fixirt werden, welches den Ausgang der Sache davon abhängig macht, daß bezüglich der nicht feststehenden Thatsachen die beweispflichtige Partei den Beweis herstelle. Dieses Erkenntniß aber schließt dann in allen gedachten Beziehungen diese richterlichen Operationen für immer ab; es trägt in sich den unzerstörbaren Keim der künftigen Definitiventscheidung, ja es ist das Haupturtheil, das in dem Processe ergeht. Unter solchen Umständen kann es nur sachgemäß erscheinen, die in diesem Erkenntniß erledigten Fragen sofort zum definitiven Austrag zu bringen, d. h. den Parteien Rechtsmittel gegen das Beweiserkenntniß einzuräumen, und in der Sache erst weiter zu gehen, wenn diese durch Gebrauch oder Verzicht erschöpft sind. Wird das Beweiserkenntniß in höherer Instanz

bestätigt, so sind die Rechtsfragen für den normalen Verlauf des Processes erschöpft; die Lösung der Thatfragen wird dann um so sorgfältiger in einem neuen, ausschließlich ihr vorbehaltenen Stadium bewirkt. Faßt aber die höhere Instanz die Sache anders auf, so daß also das Beweisverfahren überflüssig wird, oder daß es eine andere Grundlage erhält, so muß es offenbar allen Betheiligten als ein wahres Glück erscheinen, daß diese maßgebende höhere Auffassung zu Tage gekommen ist, ehe an ein überflüssiges oder verfehltes Beweisverfahren Kräfte und Zeit verschwendet wurden.

Zwischen diesen beiden einander entgegengesetzten Wegen muß man wählen, und wenn gleich, wie der Zusammenhang des Obigen ergibt, die Frage erschöpfend nur im Zusammenhang mit der nach der Einrichtung der Rechtsmittel erörtert werden kann, so glauben wir doch schon hier unsere Ueberzeugung aussprechen zu müssen, daß gerade die Einführung der Mündlichkeit die straffere Spannung der Formen nothwendig macht; wir glauben uns also, so wie im Allgemeinen, so namentlich in Bezug auf die Stellung des Beweiserkenntnisses für den formstrengen methodischeren Weg erklären zu müssen und möchten nun die Gründe dafür hier kurz zusammenfassen.

Wir wollen das mündliche Verfahren, namentlich wegen seiner Einfachheit und wegen des klaren Einblicks, den es dem Richter verschafft. Das eine wie das andere ist aber noch lange nicht erreicht, wenn das Wort Mündlichkeit auf einigen Blättern des Gesetzes zu lesen ist. Werden die Einrichtungen, durch welche die Mündlichkeit verwirklicht werden soll, schlecht getroffen, so kann es geschehen, daß dem mündlichen Proceß beide Vortheile gerade so abhanden kommen, wie dem schriftlichen. Es würde dies nämlich geschehen, wenn die gedachten Einrichtungen den Uebelständen, welche naturgemäß mit der Mündlichkeit, wie mit allem Menschlichen, verbunden sind, nicht genügend begegnen. So groß nämlich ihre Vortheile sind, so hat sie doch zwei ernste Bedenken gegen sich. Das erste und wichtigste ist, daß die Mündlichkeit sehr gesteigerte Anforderungen an die Persönlichkeit des Richters stellt; sie verlangt von ihm, daß er sich rasch und leicht orientire, das einmal Gehörte sogleich auffasse, und in jenen Zusammenhang bringe, in den es gehört, weil er nicht wie im schriftlichen Proceß es sich später, so oft es ihm beliebt, wieder vorführen kann. Je ungeübter die Richter sind, je schwerer ihnen das Geschäft noch fallen muß, desto brin-

gender die Nothwendigkeit, ihnen dasselbe so viel nur irgend möglich zu erleichtern. Diese Erleichterung kann aber in nichts Anderem bestehen, als in der Vereinfachung; sie kann nur dadurch erreicht werden, daß es unmöglich gemacht wird, dem Richter zu viele und zu complicirte Sachen gleichzeitig vorzulegen. Eine Frage nach der andern muß vor ihn gebracht, eine nach der andern erörtert werden, und es darf der Richter mit der zweiten nicht in Berührung kommen, ehe er nicht die erste als erledigt sich aus dem Sinn schlagen kann. Das Beispiel unserer deutschen Vorfahren lehrt auf das Unwiderleglichste, daß dies der einzige Weg sei, um diesen Zweck zu erreichen. Von Punkt zu Punkt, von Urtheil zu Urtheil schritt, wie dies namentlich Planck glänzend nachgewiesen, der altdeutsche Proceß, wie er von Männern aus dem Volke, von dem Schöffen, gehandhabt wurde, methodisch fort; und so allein konnte er sich in diesen Händen und in unverkümmerter Mündlichkeit so lange erhalten, bis er den eindringenden fremden Rechten erlag.

Ein anderer mit der Mündlichkeit verbundener Uebelstand ist der, daß das gesprochene Wort sich verflüchtigt und deßhalb eine Wiederholung häufig nöthig wird, daß also dieselben Thatsachen wiederholt erzählt, dieselben Deductionen wieder vorgebracht werden müssen, weil man sich nicht wie im schriftlichen Proceß auf das früher Gesagte einfach berufen kann, weßhalb ein wiederholter Aufwand von Mühe, Kraft, Zeit und daher auch Geld nothwendig ist. Unter solchen Umständen muß man eine sehr ernste Gefahr für den neu zu gründenden Proceß darin sehen, wenn er solche Wiederholungen oftmals nöthig machen sollte; und man kann dieser Gefahr eben nur dadurch begegnen, daß man ihm eine Einrichtung gibt, vermöge welcher auf einmal abgethane Sachen nicht leicht zurückzukommen ist.

Betrachten wir nun von diesem doppelten Gesichtspunkt aus den Zustand, welcher sich ergeben müßte, wenn ein weder in erster noch in zweiter Instanz bindendes Beweisdecret in unseren künftigen mündlichen Proceß eingeführt würde! Bei der dem Beweisverfahren folgenden auf das Definitiverkenntniß abzielenden mündlichen Verhandlung würde natürlich die Frage im Vordergrund stehen, ob die im Beweiserkenntniß auferlegten Beweise erbracht seien. Allein die Verhandlung kann nicht auf die Kritik und Auslegung der Aussagen der Zeugen, auf die Erörterung von Einwendungen gegen ihre Zulässigkeit u. dgl. mehr

beschränkt bleiben; vielmehr sind die Advocaten genöthigt dem Gerichte, welches ja den dem Beweisdecrete zu Grunde liegenden Gedankengang neuerdings zu prüfen hat, alles dasjenige wieder vorzutragen, was für und wider bereits in der ersten Verhandlung vorgebracht worden. Dieselbe Masse von Stoff, nur angeschwellt durch die Kritik und die Apologie der Entscheidungsgründe erster Instanz, wälzt sich dann vor die Berufungsbehörde, um dort in's Maßlose anzuwachsen, wenn etwa daselbst ein neues Beweisintercolut ergeht. In diesem Falle bringen die beiderseitigen Advocaten das, was sie in der ersten Verhandlung vor der ersten Instanz zu sagen hatten, nicht weniger als viermal vor, und wenn gar, was keineswegs ausgeschlossen werden könnte, eines dieser Gerichte statt das Definitiverkenntniß zu fällen, sein eigenes Beweisdecret durch ein anderes ersetzt, so müssen die Schwierigkeiten und Kosten des Processes in's Unberechenbare wachsen.

Bedenkt man ferner, daß, wie schon früher gezeigt wurde, die Einführung des Beweisdecretes in diesem Sinne nothwendig dahin führen müßte, daß der Schwerpunkt des Processes in die zweite Instanz fällt: so ergeben sich noch andere wichtige Bedenken gegen diese Einrichtung. Der Sitz des Appellgerichtes wird in der Regel von dem der Parteien ziemlich weit entlegen sein, so weit, daß auch die in erster Instanz plaidirenden Advocaten nur ausnahmsweise es werden übernehmen können, auch vor dem Appellhof zu erscheinen. Eine neue, sehr gründliche und ausführliche Informirung des Advocaten am Appellhof wird also nothwendig werden, und eine vorsichtige Partei wird, da man unmöglich alles dasjenige voraussehen kann, was der Gegner bei der Appellverhandlung vorbringt, selbst bei derselben sich einfinden wollen. Erläßt ferner die zweite Instanz ein neues Beweisdecret, so muß entweder mit großem Aufwand von Zeit und vielfacher Actenversendung die Sache an die erste Instanz zurückgelangen, oder es müssen Parteien, Zeugen, Sachverständige u. s. w. an den Sitz des Appellhofes geladen werden; es ist schwer zu sagen, mit welcher dieser beiden Einrichtungen größere Uebelstände verbunden wären, welche derselben mehr zur Verschleppung und Vertheurung der Processe beitragen müßte.

Man wende uns nicht ein, daß in Frankreich die bezeichneten Einrichtungen bestehen, ja daß dort überdies durch die Appellabilität des (nicht bindenden) Beweiserkenntnisses ein Anlaß mehr zu Weitläufig-

keiten gegeben ist! Zunächst ist zu bemerken, daß der Urkundenzwang und die Beschränkung des Zeugenbeweises nothwendig dahin führen müssen, daß Beweiserkenntnisse nur sehr selten ergehen. Wer ferner nur einige Kenntniß von der französischen Praxis hat, der weiß, daß man dort mit Hilfe von Indicien und schriftlichen Privatzeugnissen — nämlich Briefen dritter Personen, deren Vorlesung nicht merklich beschränkt zu sein scheint — in einer Weise kurzen Proceß zu machen versteht, welche auf deutschem Boden schwerlich Nachahmung finden wird. Endlich muß man nicht glauben, daß gewisse Uebelstände in Frankreich nicht vorhanden seien, lediglich, weil man über sie nicht klagen hört. Im Großen und Ganzen ist die französische Justiz den Wünschen und dem Geiste der Nation vollkommen angepaßt; namentlich die Civiljustiz ist mit Hilfe rechtzeitiger Verbesserung der Details in einer erstaunlichen Stetigkeit geblieben; in diesem Lande der ewigen Umwälzungen reicht fast jedes einzelne Element des Civilprocesses über die Zeiten Ludwigs XIV. zurück. Unter solchen Verhältnissen lernt ein Volk gar Vieles als selbstverständlich betrachten, was allenfalls auch wohl anders und besser sein könnte; lasse man aber dergleichen in einem Lande geschehen, wo ein neues Civilproceßgesetz sich erst erproben soll, und wo es also auch von ungeübten Richtern und von ungeübten Advocaten gehandhabt wird, und es werden bald laute Klagen zu hören sein, welche höchstens das Triumphgeschrei der laudatores temporis acti übertönen würde.

Alle diese Uebelstände wären vermieden, wenn das am Schlusse des ersten Verfahrens zu fällende Beweiserkenntniß die Natur eines bedingten Endurtheiles hätte; wenn es zwar der Berufung unterworfen, dann aber für den ganzen weiteren Verlauf des Processes bindend wäre.

Die Erfahrung lehrt, daß im Civilproceß Divergenzen zwischen den verschiedenen Instanzen fast nie über die Feststellung der Thatsachen, fast immer nur über ihre Auffassung, über die Beurtheilung ihrer Relevanz und über die Beweislast, kurz über diejenigen Fragen sich ergeben, welche schon bei der Schöpfung des Beweiserkenntnisses zur Lösung gelangen müssen, und in der That auch schon da vollkommen richtig gelöst werden können. Wenn also die zweite Instanz überhaupt an der Entscheidung der ersten etwas ändert, so wird diese Aenderung in der Regel eine Abweichung vom Beweisdecret betreffen. In weitaus den meisten Fällen also, wo die Berufung mit Erfolg ergriffen wird, bezieht sie sich

auf dasjenige, was schon im ersten Verfahren vollständig erörtert ist, gleichviel ob dasselbe mit einem Beweisurtheil oder einem Beweisdecret endigt; der Unterschied besteht nur darin, daß im ersten Fall die abweichende und doch maßgebende Meinung des höheren Richters sofort zur Geltung gelangt, im anderen Fall dagegen erst nach mühsamer und kostspieliger Durchführung eines Beweisverfahrens, welches, nach dem Ausspruch des höheren Richters, überflüssig oder unzweckmäßig war. Mit einem Wort, unter beiden Gestalten sind es dieselben Fragen, welche an den Berufungsrichter gelangen, nur daß dieser in dem einen Fall erst später eingreifen kann; und daß hierin ein Nachtheil liege, wird wohl Niemand verkennen.

Andrerseits soll aber nicht bemäntelt werden, welche Klagen das Beweisurtheil des gemeinen deutschen Processes, welchem sich das Beweisurtheil, wie wir es hier vorschlagen, nähern müßte, gegen sich hervorgerufen. Allein in der That ist es nicht der Grundgedanke, sondern seine Verwirklichung in der Praxis, wogegen jene Klagen sich richten; es ist hauptsächlich die alles verderbende Schwerfälligkeit des schriftlichen Processes, was das deutsche Beweisurtheil mit den Bedürfnissen des Lebens, hie und da sogar mit den Anforderungen des gesunden Menschenverstandes in unangenehme Collisionen gebracht hat. Schon der einfachere Mechanismus des bisherigen österreichischen Processes würde gegen die ärgsten Uebelstände des gemeinrechtlichen Beweisurtheils uns sichern; die Herstellung eines wirklich mündlichen Verfahrens aber würde zwischen dem Beweisurtheil und den gefährlichen Traditionen des gleichartigen gemeinrechtlichen Institutes einen unübersteiglichen Damm herstellen. Worüber man sich nämlich hauptsächlich beschwert, das ist die Aengstlichkeit und pedantische Unbeholfenheit, mit welcher im deutschen Processe über alle möglichen Sachen, selbst wenn sie ganz evident sind, selbst wenn Jedermann erkennen muß, daß sie nicht bewiesen werden können, ein Beweis auferlegt wird. Man darf aber wohl hoffen, daß die Sachen sich ganz anders gestalten werden, wenn einerseits eine freiere Beweistheorie gilt, andrerseits eine mündliche Verhandlung mit ausgedehntem richterlichen Befragungsrecht es gestattet, sich durch eine kurze am gehörigen Ort angebrachte Frage diejenige Aufklärung über Thatsachen zu verschaffen, welche im schriftlichen Proceß, wo sie sich in den Acten nicht fand, nur durch ein Beweiserkenntniß zu erlangen war.

Ein sehr ernstes und oft vorgebrachtes Bedenken wird aber aus dem Grunde gegen das Beweisurtheil erhoben, weil es sehr häufig den Richter nöthigt, das Definitiverkenntniß im Widerspruch mit seiner besseren Ueberzeugung zu fällen. Gehen wir nun diesem Bedenken einmal etwas näher! Eine Versuchung von dem Beweiserkenntniß wieder abzugehen, kann für den Verfasser des Definitiverkenntnisses nur eintreten, wenn er entweder die Auffassung, aus welcher das erstere hervorgegangen, als falsch erkennt, oder wenn es erst die Ergebnisse des Beweisverfahrens sind, welche die Sache in einem neuen Licht erscheinen lassen. Dieses Letztere kann der Regel nach nur eintreten, wenn entweder der Partei in der ersten Verhandlung, oder wenn der Richter bei der Verfassung des Beweisurtheils einen leicht aufzudeckenden Verstoß begangen hat. In dieser Hinsicht kann nun allerdings für die ärgsten Uebelstände eine Abhilfe möglich gemacht werden. Das Hauptbedenken namentlich, um dessentwillen das bedingte Endverkenntniß in Oesterreich zum Theil aufgegeben wurde, läßt sich sehr leicht durch eine allgemeine Bestimmung heben. Man beschwerte sich nämlich fast nur darüber, daß das Beweisverfahren nicht selten den Klageanspruch nur als theilweise begründet darstellte, und daß dann wegen der kategorischen Fassung des Urtheils, wenn dieses letztere z. B. 200 Gulden bedingt zugesprochen hatte, das Beweisverfahren aber nur den Bestand einer Forderung von 100 Gulden ergab, dem Kläger auch diese 100 Gulden im Definitiverkenntniß abgesprochen werden mußten. Es besteht natürlich gar kein Bedenken, Abweichungen, die sich nicht auf die Natur des geltend gemachten Verhältnisses, sondern blos auf das Quantum des Begehrten beziehen, eintreten zu lassen. Vielleicht könnte man auch noch weiter gehen und unter gewissen genau vorzuzeichnenden Bedingungen den Parteien gestatten, mit der Verhandlung über das abgeschlossene Beweisverfahren das Ansuchen um Restitution gegen das Beweiserkenntniß zu verbinden, oder wenigstens um einen Vorbehalt im Urtheil, wodurch die selbstständige Geltendmachung der im Beweisurtheil nicht berücksichtigten, im Beweisverfahren aber hervorgekommenen Verhältnisse ermöglicht wird. Wenn dagegen der Richter von der dem Beweisurtheil zu Grunde liegenden Beurtheilung des Rechtsfalles abzuweichen geneigt ist, so ist gar kein Grund vorhanden, dieser Neigung irgendwie Spielraum zu gönnen. Es ist nämlich durchaus richtig, daß das spätere Urtheil darum noch nicht das bessere sein muß; aller Civilproceß ist

darauf gebaut, daß es irgend einen Endpunkt geben muß für jede einzelne in demselben verhandelte Frage, und daß später niemand auf diese Entscheidung zurückkommen darf. Es kömmt also überall nur darauf an, den Zeitpunkt dafür richtig zu fixiren. Nun sind wir aber der Meinung, daß allerdings nach vollständiger Erschöpfung der Parteienvorträge, nachdem die Thatsachen von beiden Theilen erzählt und beleuchtet sind, mit Verläßlichkeit das Relevante und Bestrittene hervorgehoben, die juristische Natur des fraglichen Verhältnisses geprüft und mit Vorbehalt der Erprobung bestimmter Facta durch denjenigen, welchen die Beweislast trifft, festgestellt werden kann; ja wir glauben, daß in der Regel diese Feststellung verläßlicher zu einer Zeit erfolgt, wo sie allein den Richter beschäftigt, wo seine Aufmerksamkeit noch nicht durch die zahllosen Form- und Thatfragen abgelenkt ist, welche das Beweisverfahren anregt, wo endlich auch nicht die Entrüstung über etwaige Unwahrheiten, welche eine Partei sich zu Schulden kommen ließ, einen leicht begreiflichen, aber juristisch doch nicht gerechtfertigten Einfluß auf ihn übt.

Das Beweisurtheil, wie wir es hier dargestellt haben, wäre ein bedingtes Endurtheil ganz in dem Sinn, in welchem in unserer gegenwärtigen Praxis unter der Bedingung der Ablegung eines Eides abgeurtheilt wird, nur daß das Erkenntniß, statt das Beweismittel schon zu bestimmen, lediglich die zu beweisenden Thatsachen und die beweispflichtige Partei bezeichnen würde. Uebrigens brauchte dieses Beweiserkenntniß nicht in die schwerfällige, manche Uebelstände auch im Wesen der Sache hervorrufende Form des bedingten Definitiverkenntnisses gezwängt zu werden; es brauchte eben nur ausgesprochen zu sein, daß die Entscheidungsgründe mit der darin enthaltenen Fixirung des Standes der Sache einen untrennbaren Bestandtheil des Urtheils bilden, — eine Form, welche ohnehin den Vortheil hätte, daß die Auslegung des Beweiserkenntnisses und die Reglung mancher Detailfragen dem Definitivurtheil vorbehalten werden könnte.

Unter diesen Voraussetzungen und aus diesen Gründen glauben wir dafür stimmen zu sollen: daß am Schlusse des ersten Verfahrens ein appellables Erkenntniß ergehe, welches (für das Definitivurtheil bindend) Beweissatz und Beweislast regelt.

III. Rechtsmittel.

Unter den Principienfragen, über deren Beantwortung man mit sich im Reinen sein muß, ehe an die Entwerfung eines Civilproceß-gesetzes gedacht werden kann, nimmt die nach der Gestaltung der Rechtsmittel sicherlich den ersten Platz ein; denn, so wie ihre Lösung einerseits auf alle wichtigeren Partien des Processes zurückwirkt, so wird sie andererseits durch Rücksichten bestimmt, welche über das Gebiet der Civilrechtspflege, über das der Justiz überhaupt, hinausgehen. Der Grund dafür liegt hauptsächlich darin, daß die Gliederung der Gerichte, welche neben der judiciellen immer auch eine politische Bedeutung haben muß, durch sie bedingt ist.

Ein Blick auf den Justizorganismus Frankreichs, auf dessen Vorbild wir ja gerade hier vor Allem verwiesen sind, bestätigt uns in dieser Betrachtung. Den Mittelpunkt desselben bilden die Appellhöfe, jetzt Cours impériales genannt. Sie sind die Erben der alten Parlamente, jener imposanten Körperschaften, welche einst das wirksamste Mittel zur Erhöhung der königlichen Gewalt über die feudalen Berechtigungen gebildet hatten. In den Lehenseinrichtungen selbst, welche den Gedanken einer Berufung vom Vasallen an den Lehensherrn begünstigten, lag der Keim dazu, daß die Entscheidung der niederen Gerichtsbarkeiten bald nur als eine provisorische betrachtet wurde, die erst dann zu definitiver Geltung gelangte, wenn sie vom Gericht des Königs, vom Parlament, bestätigt wurde. Es ist übrigens bekannt genug, welch' große Verdienste sich diese Körperschaften um die Rechtspflege und die Rechtswissenschaft nicht sowohl durch den oft problematischen inneren Werth ihrer Entscheidungen, als vielmehr dadurch erwarben, daß sie, in würdevoller Unabhängigkeit dastehend, dem Stande der Richter und, was davon untrennbar ist, dem der Advocaten eine äußerlich angesehene Stellung verschafften, welche nicht ohne Rückwirkung nach innen hin bleiben konnte. Ihnen vorzugsweise verdankt es Frankreich, einen Richter- und Advocatenstand zu besitzen, welcher bei allen Classen der Bevölkerung im höchsten Ansehen steht und dieses Ansehen auch im Ganzen, trotz mancher in der Leidenschaftlichkeit der französischen Nation wurzelnden Gebrechen, vollkommen verdient. Als Napoleon I., am Aus-

gang der Revolution stehend, für die wieder erstehende staatliche Ordnung die Grundlagen zu gewinnen suchte, fand er die Parlamente nicht mehr vor; an ihre Stelle war eine Unzahl von kleinen Tribunalen getreten, welche der entfernte Cassationshof kaum zu übersehen vermochte, während ihre Einrichtung und Zusammensetzung bald zu Mißbräuchen Anlaß gegeben und ihr Ansehen bei der Bevölkerung untergraben hatte. Zugleich aus technischen und aus politischen Gründen drang daher der Kaiser auf die Wiederherstellung großer und angesehener richterlicher Corporationen, in deren Händen die ganze Fülle der Civil- und Criminalgerichtsbarkeit ruhen sollte. Höchst bezeichnend ist in dieser Hinsicht eine Aeußerung, welche ihm in einer Sitzung des Staatsraths (23. Jänner 1808), in der es sich zunächst um die Anklagejury und die an deren Stelle zu setzende Einrichtung handelte, entfuhr; es erfaßt ihn, in dessen Hände jetzt alle Geschäfte zusammenströmen, ein Schauder vor dem Bewußtsein seiner ungeheuren Verantwortlichkeit, ein Zweifel an dem Ausreichen selbst seiner Kräfte. „Es ist Thatsache," ruft er aus, „daß Niemand durchgreifend für den Kaiser wirkt; der Kaiser ist genöthigt den Mißbrauch der Amtsgewalt und die Prävaricationen unmittelbar zu überwachen und niederzukämpfen; er muß in eigener Person die Bürger gegen die Verwaltung und gegen Jeden, der irgend eine Gewalt in Händen hat, schützen . . . Jeder Beamte thut, was ihm gefällig ist, und nichts geringeres als mein Charakter und mein lebhaftes Verlangen, meine Unterthanen glücklich zu machen, ist erforderlich, um den Ausbruch von Unordnungen zu verhüten."

Erwägungen dieser Art waren es vorzugsweise, aus welchen die heutigen Appellhöfe und ihre „souveräne" Stellung hervorgingen. Daraus erklärt sich leicht die Art, wie in Frankreich die Appellation geregelt ist. Nur jene geringfügigen Sachen, welche unter die Gerichtsbarkeit der Friedensrichter fallen, sind dem Wirkungskreis der Appellhöfe entrückt, denn die Appellation geht hier an die Gerichtshöfe erster Instanz; in Allem aber, was vor diesen letzteren verhandelt wird, geht die Appellation, soweit sie nicht überhaupt ausgeschlossen ist, an die Cour impériale. Diese wird durch die Appellation mit der Sache in ihrem vollen Umfange befaßt, sie entscheidet über dieselbe ohne Rücksicht auf die Verhandlung in erster Instanz, ganz so, als hätte diese gar nicht stattgefunden; weder in der Vorbringung neuer Thatsachen, noch in der Anbietung neuer Beweismittel sind die Parteien irgendwie be-

schränkt. Findet der Appellhof die Einleitung eines Beweisverfahrens (enquête) nöthig, so gelangt damit die Sache noch keineswegs an die erste Instanz zurück, sondern der Appellhof ordnet einen seiner Räthe zur Leitung der Enquête ab, und fällt sodann sofort das Definitiverkenntniß. Kurz es zeigt sich, daß der Appellant (und vermöge der Institution des appel incident auch sein Gegner) nicht blos die Prüfung der Beschwerden erlangt, welche er gegen die Entscheidung des ersten Richters erhebt, sondern eine durchaus neue Verhandlung der Sache vor dem höheren, allein entscheidenden Richter, so daß die frühere Procedur mehr als ein Versuch erscheint, dessen Gelingen so wenig als dessen Mißlingen für die definitive Gestaltung der Dinge maßgebend ist; denn unter diesen Umständen, wird es doppelt bedeutungsvoll, daß es gegen die Entscheidung der Cour impériale, sie mag nun eine bestätigende oder abändernde sein, ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr gibt. Darum heißt sie auch Beschluß (arrêt) im Gegensatz zu dem Urtheil des Tribunals erster Instanz (jugement).

Ueber den Appellhöfen steht nun der Cassationshof, welchem die bedeutsame Mission übertragen ist, die anderen staatlichen Gewalten, namentlich die gesetzgebende, gegen Uebergriffe der Justiz zu schützen. Enthielt die Aufstellung der Appellhöfe eine, wenn auch sehr abgeschwächte Concession an die alte Provinzialeintheilung, so hat dagegen der Cassationshof den Lebensnerv des heutigen Frankreichs, die Einheit, zu wahren; seine Aufgabe ist es, dafür zu sorgen, daß so wie die Gesetzgebung eine einheitliche ist, auch die Anwendung von einem einheitlichen Geiste geleitet sei. Dazu wird nämlich gefordert, daß eine Einrichtung getroffen sei, vermöge welcher ein und derselbe Gerichtshof jedesmal angerufen werden kann, wo die Behauptung auftaucht, daß eine Abweichung von den gesetzlich vorgeschriebenen Formen, oder daß materiell die unrichtige Anwendung eines Gesetzes eingetreten sei. Das Hauptsächlichste ist also, daß überall, wo der Appellhof nicht die Thatsachen unrichtig festgestellt oder juristisch unrichtig aufgefaßt hat, sondern wo er sein Urtheil auf einen falschen Rechtssatz stützt, der Cassationshof den Ausspruch für nichtig erklärt, und die Sache zu neuerlicher Verhandlung (vor diesem Appellhofe oder einem anderen) zurückweist, wobei übrigens schon im Gesetze Vorsorge getroffen ist, daß die Rechtsansicht des Cassationhofes zuletzt durchdringen muß. Der beschwerliche und wenig nachahmenswerthe Umweg, der auf diese Weise nothwendig

wird, beruht auf der etwas spitzfindigen Auffassung der staatsrechtlichen Stellung des Cassationshofes, vermöge welcher er nur zu cassiren, nie zu urtheilen hat; weil er eben an der richterlichen Gewalt, gegen deren Uebergriffe er Schutz gewährt, nicht selbst Antheil haben soll.

Uebrigens ist reichlich dafür gesorgt, daß das Recht, jede Rechtsfrage zuletzt vor den Cassationshof zu bringen, nicht mißbraucht werde. Vor Allem dient dazu die Bestimmung, daß die Einlegung der Cassationsbeschwerde die Vollstreckung des Erkenntnisses nicht hemmt. Ferner muß Jeder eine Succumbenzstrafe von 150 Franken gleich bei Beginn des Cassations-Verfahrens erlegen; die Quittung darüber muß (nebst dem Urtheil) dem Cassationsgesuch bei sonstiger Richtigkeit schon beigelegt sein. Mit alldem ist aber für den Gegner des Recurrenten noch nicht die geringste Behelligung verbunden; es wird vielmehr über die Zulassung dieses Gesuches in einer eigenen Abtheilung des Cassationshofes (chambre des requêtes) in öffentlicher Sitzung unter Anhörung des Referenten, des etwa erscheinenden Recurrenten und des Staatsanwalts verhandelt, und sodann das Gesuch sofort definitiv zurückgewiesen, wenn es formell nichtig ist, oder wenn die geltend gemachten Cassationsgründe offenbar nicht bestehen. Im entgegengesetzten Fall wird die Sache jetzt erst der Cassationskammer (chambre civile) überwiesen, vor welche nunmehr auch der Gegner geladen wird. Auch das weitere Verfahren ist so geregelt, daß das Erscheinen der Parteien selbst oder ihrer Advocaten in der öffentlichen Sitzung des Cassationshofes lediglich ihrem Ermessen anheimgestellt ist. Erst wenn auch die Civilkammer zu Gunsten des Recurrenten entscheidet, wird diesem das Succumbenzgeld zurückgestellt; im entgegengesetzten Fall wächst es auf 450 Franken an, wovon 300 dem Staate, 150 dem Gegner zufallen.

Sehen wir nun, was aus dem französischen Vorbild in der Hannover'schen Proceßordnung geworden sei, so zeigen sich wesentliche Abweichungen, welche zum Theil in der Verschiedenheit der Verhältnisse ihren Grund haben. Bei verhältnißmäßig geringem Umfang ist das Land von der Einheit des materiellen Civilrechtes sehr weit entfernt. Es liegt darin wohl ein Hauptgrund für die Aufstellung einer relativ großen Anzahl von Obergerichten — Collegialgerichten, welche unmittelbar über den Amtsgerichten (Einzelgerichten) stehen, und wieder in große und kleine Obergerichte unterschieden werden. Die großen Obergerichte bestehen nämlich, nebst den Präsidenten und Vicepräsi-

denten, aus acht Richtern und zerfallen in zwei Senate, den kleinen mit drei und den großen mit fünf Richtern. Die kleinen Obergerichte dagegen haben nur einen Präsidenten und vier bis fünf Richter, und fungiren bald als kleine bald als große Senate. In Civilproceßsachen umfaßt nun die Competenz der Obergerichte:

1. In erster Instanz die Entscheidung in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche nicht die Amtsgerichte zuständig sind (d. i. nach dem Gesetz vom 31. März 1859 hauptsächlich in Sachen von mehr als Einhundert fünfzig Thaler Werth).

2. In zweiter Instanz die Entscheidung über Rechtsmittel gegen Verfügungen der Amtsgerichte, sowie über Berufungen gegen die vom Obergerichte selbst in erster Instanz abgegebenen Erkenntnisse in Sachen bis zu dreihundert Thaler Werth.

Die Competenz der kleinen Senate erstreckt sich auf die Rechtsmittel gegen Verfügungen der Amtsgerichte und auf die Sachen bis drei Hundert Thaler Werth. Die Berufung gegen die vom kleinen Senat in erster Instanz gefällten Erkenntnisse geht an den großen Senat desselben Obergerichtes, oder falls dieses einen selbstständigen großen Senat nicht hat, an das im Gesetz dafür bezeichnete benachbarte Obergericht. Die Berufung gegen die von den großen Senaten der Obergerichte in erster Instanz gefällten Erkenntnisse geht an das Oberappellationsgericht. Beim Oberappellationsgericht besteht ein eigener Cassationssenat, welcher über Nichtigkeitsbeschwerden zu entscheiden hat, außerdem wirken dort drei Civilsenate, deren jedem ein bestimmter Landestheil dauernd zugewiesen ist.

Ueberschaut man diese etwas complicirte und schwerfällige Organisation, so sieht man bald, worin die Differenz zwischen ihr und der französischen eigentlich liegt: in der Verschmelzung der Gerichtshöfe erster Instanz mit den Appellhöfen und darin, daß das Oberappellationsgericht theils Berufungs- theils Cassations-Behörde ist, daß nur der Cassationssenat zur Wahrung der Rechtseinheit berufen ist, und auch dieser nur ausnahmsweise. Betrachten wir nämlich die Rechtsmittel ihrer inneren Natur nach, so ist die Berufung durchaus entsprechend der Appellation des französischen Rechts. Der Gedanke des gemeinrechtlichen Instanzenzugs, vermöge dessen jedes Urtheil nur nach seinem inneren Werth, nicht nach der Autorität dessen, der es gesprochen hat, geschätzt wird, und somit bei der Divergenz zweier Urtheile ein

drittes Gericht den Ausschlag zu geben hat, ist ganz aufgegeben. Der Ausspruch der zweiten Instanz gilt daher unter allen Umständen als unumstößliches Endurtheil; zwar ist noch eine Nichtigkeitsbeschwerde, zulässig, welche (auch nicht immer) an den Cassationssenat des Oberappellationsgerichtes geht. Allein diese Nichtigkeitsbeschwerde, so weit sie von den Parteien ergriffen werden kann, ist nur gegen Formverletzungen gerichtet. Fragen des materiellen Rechts können daher in letzter Instanz von den Obergerichten entschieden werden, und selbst in denjenigen Fällen, wo die Berufung an das Oberappellationsgericht geht, ist die Möglichkeit eines ungleichartigen Vorganges in den verschiedenen Landestheilen keineswegs ausgeschlossen. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, durch die dem französischen Recht nachgeahmte Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes für die Erhaltung der Rechtseinheit zu sorgen; allein es ist bekannt, daß die auf diese Weise erzielte Entscheidung den Parteien nicht mehr zu statten kommt.

Betrachten wir nun diese Einrichtungen aus dem Gesichtspunkt unserer österreichischen Bedürfnisse, so wird es gut sein, die Organisation der Gerichte und die Regelung der Rechtsmittel von einander zu sondern.

Was die erstere betrifft, so sind wir den französischen Einrichtungen sehr nahe; wir haben Collegialgerichte, welche den Parteien nicht allzu fern stehen, wenn es gleich noch eine offene Frage bleiben muß, ob es wünschenswerth sei, an ihrer Einrichtung und Vertheilung etwas zu ändern; wir haben Oberlandesgerichte, welche ganz die Stellung einnehmen, die den französischen Appellhöfen angewiesen ist, große Corporationen nämlich, welche in der Lage sind, die Justizpflege eines weiten Gebietes in allen Zweigen zu überwachen, — nahe genug, um die Persönlichkeiten der Richter erster Instanz und die Verhältnisse der Gerichtspflichtigen genau zu kennen, und doch hinlänglich hochgestellt, um in allen Dingen unbefangen zu sein und volles Vertrauen einzuflößen. Wir haben endlich einen obersten Gerichtshof, welcher für die Provinzen, von denen hier die Rede ist, äußerlich dieselbe Stellung einnimmt, wie der französische Cassationshof. Er ist seiner Stellung nach dazu berufen, das Organ für die Wahrung der Rechtseinheit zu sein, diese Aufgabe als seine höchste und wichtigste zu betrachten, und sie jeder andern voranzustellen.

Wir glauben es als etwas allgemein Anerkanntes ansehen zu müssen, daß es politisches Bedürfniß für Oesterreich sei, den obersten Gerichtshof in dieser Stellung zu stärken, die Oberlandesgerichte nach Möglichkeit auf ihrer gegenwärtigen Höhe zu erhalten; allein wenn man zugleich von der Ueberzeugung ausgeht, daß das System der Rechtsmittel wie es jetzt in Oesterreich besteht, wesentlich modificirt werden muß, wenn dies sogar in den Erlässen vom 20. Oktober 1860 sich angedeutet findet; so kann man sich nicht verhehlen, daß eben hierin eine Schwierigkeit liegt, welcher man sich durch die einfache Acceptirung eines fremden Musters nicht wohl wird entledigen können, — am allerwenigsten durch die Copirung der Hannover'schen Einrichtung.

Die Aufgabe, um deren Lösung es sich, so angesehen, handelt, läßt sich kurz so bezeichnen: bewirken, daß jede Rechtsfrage an den obersten Gerichtshof gebracht werden könne und doch verhindern, daß derselbe mit muthwilligen Beschwerden überhäuft werde, ferner den Instanzenzug möglichst einfach gestalten und doch die Competenz der Oberlandesgerichte nicht allzusehr schmälern.

Dies vorausgeschickt, wenden wir uns zur anderen Seite der Frage, zur Betrachtung der inneren Natur der Rechtsmittel. Das System, welches jetzt in Oesterreich gilt, ist, bei aller Einfachheit seiner Grundlage, so complicirt, und eben darum so vielfach durchbrochen, daß es wohl hätte geändert werden müssen, auch wenn es nicht den Bestand eines auf Schriftlichkeit gebauten Processes zur wesentlichen Voraussetzung hätte. Als unhaltbar darf man gewiß es sofort bezeichnen, daß dieselbe Freiheit des Zugangs zu den höheren Richtern, welche bezüglich des Endurtheils besteht, auch fast für jede noch so unbedeutende Zwischenverfügung im Proceß zugelassen ist. In dieser Beziehung kann man mit Beruhigung die hannoversche Proceßordnung zum Muster nehmen, welche, die französischen Einrichtungen wesentlich verbessernd, das Recht der Berufung auf jene Fälle einschränkt, wo ein unverkennbares Bedürfniß danach entsteht.

Viel weniger bestimmt läßt sich über die Art aburtheilen, wie das Verhältniß der dritten Instanz bisher geregelt war. Es ist richtig, daß man den Werth der Einrichtung, vermöge welcher man überall, wo die erste und die zweite Instanz divergirende Erkenntnisse schöpften, eine dritte anrufen kann, vielfach überschätzt hat; es ist anerkannt, daß die Confor-

mität des Ausspruches keineswegs noch für vollkommene Uebereinstimmung der Ansichten zweier Gerichte Bürgschaft leistet, und daß umgekehrt auch wo eine dritte Instanz besteht, noch immer eine Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann, welche nur die Autorität eines Gerichtes, des letzten nämlich, für sich hat. Bei alldem aber bleibt es aber doch wahr, daß es etwas das Gefühl Verletzendes hat, wenn einer Partei, deren Recht bereits von einem Richter anerkannt wurde, dasselbe von einem zweiten abgesprochen wird, ohne daß irgend ein Ausweg offen bleibt, — daß in demselben Augenblicke, wo in feierlichster Weise der Irrthum eines Richters constatirt wird, dem Unterliegenden zugemuthet wird, sich bei dem Ausspruche eines andern sofort zu beruhigen. In Oesterreich wenigstens, wenn wir die Geschichte unserer Gesetzgebung betrachten, scheint es nicht, daß ein solcher Weg für die Dauer zu verfolgen sei; vielmehr hat sich der entgegengesetzte Zug immer als unwiderstehlich erwiesen. Nicht einmal bei übereinstimmenden Aussprüchen der beiden unteren Instanzen wollte sich das Publikum beruhigen; unwillig, widerstrebend fügte sich die Gesetzgebung diesem Drängen, aber sie fügte sich endlich, und trotz aller Verclausirungen kann derjenige, welcher in den beiden unteren Instanzen unterlegen ist, sein Glück bei der dritten immer noch versuchen. Und ganz dasselbe wie im Civilprocesse haben wir erst in neuester Zeit auf dem Boden des Strafverfahrens erlebt, nur daß hier wie dort die „außerordentliche Revision,“ eben weil sie erst nachträglich und wie durch eine Hinterthür eingelassen wurde, ganz ungeregelt blieb. Es wird also zum mindesten zu überlegen sein, ob es rathsam sei, einer Bevölkerung, welcher man vor nicht langer Zeit die außerordentliche Revision gewähren mußte, jetzt auch die ordentliche zu entziehen.

Freilich aber wird diese Frage nur so lange offen bleiben, als nicht den Rechtsmitteln eine Einrichtung gegeben wird, vermöge welcher mit der Häufung der Instanzen unerträgliche Uebel verbunden wären. Wie z. B. gemeinrechtlich und wie in Frankreich die Appellation besteht, wie die Berufung in der hannoverschen Proceßordnung geregelt ist, begreift man es vollkommen, daß man sich auf eine dritte Instanz nicht gerne einlassen mag. Es wird hier nämlich überall nicht etwa eine Verhandlung vorgenommen, vermöge welcher der zweite Richter sich in die Lage des ersten versetzt, die Materialien, welche diesem vorlagen, mit der daraus gewonnenen Entscheidung vergleicht, und so die

letztere bestätigt oder ändert, sondern die Verhandlung selbst wird eine ganz neue; jede Partei kann neue Materialien der Entscheidung herbeibringen, und muß auf neue Mittel des Angriffs und der Abwehr Bedacht nehmen. Hier einen dritten Richter anrufen lassen, heißt den Parteien eine Last auferlegen, unter der sie erliegen müssen, während dies andererseits als überflüssig erscheinen kann, weil ja die Abweichung der beiden Sentenzen ebensowohl auf Verschiedenheit der Materialien, wie auf verschiedenartiger Auffassung der Richter beruhen kann.

Gegen unsere österreichische Einrichtung, vermöge welcher die zweite und dritte Instanz sich streng an dieselben Materialien halten muß, welche der ersten vorlagen, ist jedoch unseres Wissens in den vielen Jahren ihres Bestehens keine Beschwerde erhoben worden; dagegen hat sie unverkennbar zur Vereinfachung und Kürzung des Proceßganges wesentlich beigetragen, und es würden ihre Vortheile noch viel deutlicher hervorgetreten sein, wenn gegen die Verschleppung der Verhandlung durch vielfache Fristerstreckungen energische Vorkehrung getroffen wäre. Auch mit dem mündlichen Verfahren läßt sie sich ganz gut in Einklang bringen, wenn man nur in erster Instanz für die Fixirung des Verhandlungsmaterials (den Bestimmungen der hannover'schen Proceßordnung folgend) gehörig sorgt. Wir meinen, daß man in den erwähnten Punkten daran festhalten könnte, und erlauben uns nunmehr, unsere Gedanken über die Gestaltung der Rechtsmittel im mündlichen Civilproceß auseinander zu setzen. Wir gehen dabei jedoch von der Voraussetzung aus, daß unsere Ansichten über die Stellung des Beweiserkenntnisses, wie sie in diesen Blättern entwickelt wurden, sich durchzusetzen vermögen.

Nach unserem Vorschlag hätte, wenn am Schluß des ersten Verfahrens Thatsachen in Zweifel geblieben sind, welche dem Gericht erheblich erscheinen, ein Urtheil zu erfolgen, welches der Form nach ein Beweisinterlocut, der Sache nach die durch den Nachweis gewisser Thatsachen bedingte Entscheidung des Processes selbst, wäre. Gegen dieses in allen nicht ganz geringfügigen Sachen von einem Collegium zu schöpfende Erkenntniß steht beiden Theilen die Berufung an das Oberlandesgericht zu. Anmeldung, Schriftenwechsel, Anberaumung der Verhandlung erfolgt ganz im Einklang mit den das Verfahren in erster Instanz (nach dem hannover'schen Muster) einzuführenden Formen; die Berufungsverhandlung selbst würde öffentlich, auf Grund eines Referates und der

Parteienvorträge abgehalten; nur sollten die Parteien zum Erscheinen nicht in dem Sinne gezwungen sein, daß sie im Fall des Ausbleibens contumacirt werden; vielmehr hätte in einem solchen Falle sich das öffentliche Referat auch auf die etwa eingelangten schriftlichen Deductionen zu erstrecken.

Wird das Berufungsverfahren in solcher Weise geregelt, so scheinen keine allzugroßen Bedenken dagegen zu sprechen, daß im Fall einer Abänderung des ersten Urtheils dem Unterliegenden die weitere Berufung an den obersten Gerichtshof eingeräumt wird. Hier nämlich liegt die Divergenz immer nur darin, daß dieselben Dinge verschieden aufgefaßt werden; es stehen jetzt nicht nur die Parteien, es stehen auch zwei Gerichte mit einander in Widerstreit, und es ist ein billiger Wunsch der Partei, daß dieser Streit durch den Ausspruch eines höheren Dritten gehoben werde. Auch das öffentliche Interesse steht mit der Erfüllung dieses Wunsches im Einklang; denn wenn auch die zwischen dem Oberlandesgerichte und der ersten Instanz bestehende Meinungsverschiedenheit nicht immer sich auf den reinen Rechtssatz, sehr oft nur auf die juristische Auffassung der Thatsachen bezieht, so sind doch beide Fälle nicht rein von einander zu sondern, und es ist in der That ein alles Andere überragendes öffentliches Interesse daran geknüpft, daß in der Rechtsfrage der oberste Gerichtshof angerufen werden könne, wo es nur irgend die Natur des Falles gestattet.

Aus diesem Grunde sollte selbst dann, wenn die beiden Untergerichte übereinstimmen, dem Unterliegenden der Zugang zum obersten Gerichtshof nicht absolut versagt werden: allein es ist nöthig, ihn entsprechend zu erschweren, um den obersten Gerichtshof vor der Ueberbürdung mit frivolen Berufungen zu bewahren. Die bisher dafür in Anwendung gebrachten Mittel waren offenbar nicht ausreichend, und brachten nur eine höchst unerfreuliche Ungleichheit in die Behandlung der außerordentlichen Revision. Wir glauben, daß es gut wäre, in dieser Hinsicht (jedoch nur für die hier gemeinten Fälle) die französische Einrichtung nachzuahmen; es wäre also sofort bei Anmeldung der Berufung gegen ein bestätigendes Erkenntniß des Oberlandesgerichtes ein empfindliches Succumbenzgeld zu erlegen, und nur dann zurückzuerstatten, wenn die Ergreifung des Rechtsmittels durch den Erfolg gerechtfertigt wird. Es wäre ferner eine eigene Abtheilung des obersten Gerichtshofes bestimmt, solche Berufungen einer vorläufigen Prüfung zu un=

terwerfen, und sie sofort zurückzuweisen, falls sie unbegründet erscheinen. Erst wenn diese vorläufige Prüfung erfolgt ist, wären die Parteien zu der Berufungsverhandlung vor einen anderen Senat zu laden, welcher übrigens ganz an die Stelle der Untergerichte tritt, und sofort erkennt, was Rechtens ist. (Die eben erwähnten Vorsichtsmaßregeln könnten übrigens wegfallen, wenn die Sache wegen einer partiellen Divergenz der unterrichterlichen Erkenntnisse ohnehin vor den obersten Gerichtshof gelangt.)

Soweit es sich um die Berufung gegen das Beweiserkenntniß handelt, wird die Sache immer in großer Einfachheit sich vorbringen, und in verhältnißmäßig kurzer Zeit von den Obergerichten entscheiden lassen, eben weil die Thatfrage und das ganze meist massenhafte Material, welches dem Richter in Bezug auf sie vorgelegt wird, noch ganz ausgeschieden bleibt. — Ganz anders verhält es sich jedoch mit derjenigen richterlichen Entscheidung, welche nach geschlossenem Beweisverfahren auf Grund des Beweiserkenntnisses ergeht, und je nachdem es die Thatsachen als erwiesen erklärt oder nicht, das Eintreten der Folgen im Einzelnen normirt. Wir denken uns auch diese Entscheidung nicht leicht, besonders weil wir meinen, daß das Beweiserkenntniß nicht mit scholastischer Peinlichkeit in das Definitiverkenntniß übertragen, sondern in freier Würdigung nach seinem Geiste und seinen Gründen ausgeführt werden, kurz, daß der Richter es als das für diesen Fall geltende Gesetz achten, es aber auch wie ein Gesetz anwenden soll, d. h. in seinem Sinne, nicht blos in seinen Worten. Indeß muß auch für das Beweisverfahren die Mündlichkeit eine Wahrheit werden, was sie in Frankreich nicht ist. So viel nur irgend möglich, muß dafür gesorgt werden, daß der Richter, welcher das Enderkenntniß fällt, die Zeugen und Sachverständigen selbst gehört habe. Geschieht dies aber, so ist klar, daß eine Wiederholung dieses Beweisverfahrens in zweiter Instanz, ja selbst die etwaige Ergänzung desselben vor dem vielleicht entlegenen Oberlandesgerichte, kaum ausführbar ist, während an die Vornahme solcher Acte durch den obersten Gerichtshof gar nicht zu denken wäre. Hier sind also der Ausdehnung der Rechtsmittel, wie sie bezüglich des ersten Erkenntnisses vorgeschlagen wurde, durch die Natur der Sache fast unübersteigliche Hindernisse entgegengestellt, und gerade darin sehen wir einen Hauptvortheil unseres Planes, daß er gestattet, diesen Hindernissen, da wo sie bestehen, Rechnung zu tragen, und dennoch

der Ergreifung der Rechtsmittel einen freieren Spielraum zu lassen, wo sie nicht im Wege stehen. Wir glauben also, daß gegen die im Laufe des Beweisverfahrens ergehenden Zwischenverfügungen nur ganz ausnahmsweise wegen Gefahr am Verzug eine Berufung an das Oberlandesgericht zuzulassen sei, während sie der Regel nach mit der gegen die Endentscheidung zu verbinden wäre. Es scheint ferner durchaus keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Berufung gegen dieses Enderkenntniß beim Oberlandesgerichte stehen bleiben müsse; denn die Rechtsfragen des Processes haben ja bereits vorher ihre volle Lösung gefunden: es handelt sich überhaupt jetzt nur mehr darum, daß dem gegebenen Falle sein Recht wiederfahre; für die Einheit der Rechtspflege ist hier, (wenn man etwa von einigen Formfragen absieht, für welche jedenfalls die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ausreicht) nichts mehr zu besorgen.

Allein auch die auf den Wirkungskreis des Oberlandesgerichtes eingeschränkte Berufung kann unmöglich die Bedeutung haben, daß das Beweisverfahren in zweiter Instanz vollständig reproducirt werden soll; soweit es sich um die Lösung der reinen Thatfrage handelt, wird man sich immer mehr davon überzeugen, daß mit Rechtsmitteln wenig gewonnen ist. Während in Bezug auf die Rechtsfrage für den höheren Richter die Vermuthung spricht, daß er eine gereiftere juristische Begabung, gründlichere Kenntniß des Rechtes besitze, ist nicht abzusehen, warum bezüglich der Thatfrage, bei gleicher Unbefangenheit, der Entscheidung des höheren Richters größeres Vertrauen entgegenkommen soll, als der des niederen; ja, für den letzteren wird in der Regel sprechen, daß er den Dingen näher steht und eine lebendigere Anschauung von denselben sich verschafft. Es wird also hier in der That sehr zweifelhaft, ob sich nicht oft die römische Erwägung bewährt, daß nicht immer das letzte Erkenntniß auch das beste sein müsse. Es wird wohl genügen, daß das Oberlandesgericht in die Lage gebracht wird, die Uebereinstimmung des Enderkenntnisses mit dem Beweiserkenntniß, die Schlüssigkeit der Entscheidungsgründe, die richtige Anwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen zu prüfen, und die erstrichterliche Entscheidung auf Grund des Urtheils und seiner Gründe, sowie des Verhandlungsprotokolles, zu berichtigen, oder wenn ihm dies nicht sofort thunlich erscheint, die Erneuerung oder Ergänzung des Beweisverfahrens zu veranlassen.

Durch solche Einrichtungen könnte den gegenwärtigen processualischen Bedürfnissen am durchgreifendsten abgeholfen werden, und wenn dereinst etwa an die Einführung der Civiljury zu denken wäre, so fände sie auf diese Weise den Boden schon vollkommen bereitet.

Allerdings aber, wir wiederholen es, mußten wir bei diesen (nothwendig auf Umrisse beschränkten) Vorschlägen von der Voraussetzung ausgehen, daß durch ein appellables, der Rechtskraft fähiges Beweiserkenntniß für die Sonderung der That- und Rechtsfrage gehörig gesorgt ist. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so wird die Verhandlung in der zweiten Instanz schon so umfassend werden, so viel Kraft, Zeit und Geld in Anspruch nehmen, daß an abermalige Erneuerung derselben vor dem obersten Gerichtshofe gar nicht zu denken wäre. Man müßte dann das System der zwei Instanzen und der Cassation ganz so, wie es in Frankreich besteht, etwa mit der Modification annehmen, daß der Cassationshof nicht blos zu cassiren, sondern wo es ohne neue thatsächliche Feststellungen möglich ist, selbst zu judiciren hat. Freilich wird man aber dabei auf arge Uebelstände stoßen. Da die zweite Instanz sehr häufig in der Lage sein wird, eine ganz neue Beweisaufnahme anzuordnen, so wird sich bald zeigen, daß die Sprengel der Oberlandesgerichte zu groß seien, und es wird die Frage entstehen, ob sie nicht ganz aufzulassen, und durch eine größere Anzahl kleinerer Collegien zu ersetzen seien. Ja, man wird Grund haben, einen Schritt weiter zu gehen; man wird sich fragen können, ob es nicht besser sei, die Entscheidung der ersten Instanz mit allen wünschenswerthen Garantien zu umgeben, die Berufung wegfallen, und die Rechtsfragen im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde an den Cassationshof gelangen zu lassen.

D.

Gegenwart und Zukunft des Haupteides.

(Allg. österr. Ger. Ztg. Jahrg. 1855, Nr. 78 u. Jahrg. 1866, Nr. 19 ff.)

Vor einigen Jahren bat mich einer meiner Zuhörer in folgender Angelegenheit um Rath. Sein verstorbener Vater A. hatte bei einem Fremden B. eine Forderung von mehreren tausend Gulden, die auf dem Besitzthum des Letzteren pfandrechtlich sicher gestellt war. Die Vormundschaft der Erben klagte rückständige Zinsen ein, und der Beklagte vertheidigte sich damit: Als er einige Monate vor A.'s Tode mit ihm einmal allein war, habe dieser ihm seine Schuld erlassen, über welche Thatsache er den Erben den referiblen Haupteid auftrug. Auf diesen Haupteid (im Proceß selbst war er als Nebensache behandelt worden, weil einige andere Streitpunkte die Aufmerksamkeit ablenkten) war rechtskräftig erkannt worden. Der Vormund, welchem seine Pupillen erklärt hatten, sie hätten keinen besonderen Grund, die an sich so unglaubliche Angabe des Beklagten für wahr zu halten, trat in deren Namen den Haupteid an. Vor der Eidestagsetzung aber sandte der Deferent jedem der Erben eine wohlmeinende Denkschrift zu, in welcher er ihnen die Entscheidung des Cassationshofes vom 13. Mai 1852 (Gerichtszeitung 1852 Nr. 98, Herbst, 3. Aufl. S. 204), mittheilte, in welcher ausgesprochen ist: „Es hat der Ausdruck „seines Wissens und Erinnerns“ keineswegs die Deutung, daß der Schwörende nicht wisse und sich nicht erinnere, daß ein bestimmtes von ihm zu beschwörendes Factum vor sich ging, sondern er ist vielmehr dahin auszulegen, daß er wisse und sich erinnere, daß ein bestimmtes von ihm zu beschwörendes Factum nicht vor sich ging.“ — Es war

ferner auf die in Nr. 71 der Ger. Ztg. d. J. wieder abgedruckte Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 28. September 1859 Nr. 5433 (Glaser-Unger-Walther Nr. 874) verwiesen, wo es heißt, daß, wenn dem Delaten der Haupteid über Thatsachen aufgetragen werden könnte, die ihm nach der Angabe des Deferenten nicht bekannt sein können, er gezwungen wäre, dem Gegner den Eid zurückzuschieben. — Daran schloß sich dann die Aufforderung, zu erwägen, ob die Delaten in diesem Falle zu beschwören vermöchten, daß A. und B. in der fraglichen Zeit nie mit einander allein gewesen, denn dies einmal zugegeben, könnten sie die Behauptung des Deferenten unmöglich eidlich für unwahr erklären, ohne sich selbst einer offenbaren Unwahrheit, des Beschwörens eines ihnen unbekannten Umstandes, schuldig zu machen.

Man wird begreifen, daß es den Anfragenden wenig zu beruhigen vermochte, als ich ihm zeigte, die zuletzt angeführte Entscheidung erkläre eben die Auftragung eines solchen Haupteides, wie er ihn schwören solle, für unzuläſſig, und die strafrechtliche Entscheidung sei in einem Falle ergangen, wo dem Delaten die Wahrheit einer von ihm eidlich geläugneten Thatsache bekannt war. Aehnlicher Verlegenheiten eines gewissenhaften Delaten wird sich jeder erinnern können, welcher der Praxis einigermaßen nahe steht, und derjenige, bei welchem dies nicht der Fall wäre, wird sich das Eintreten derselben schon hinlänglich vergegenwärtigen können, wenn er die in Nr. 70 und 71 dieser Blätter enthaltene Zusammenstellung von Entscheidungen über das Erforderniß der „Wissenschaft von den zu beschwörenden Thatsachen" überschaut.

Es läßt sich einmal nicht verkennen, daß in der langen Zeit seit 1781 in dieser entscheidenden Frage die Feststellung einer in allen Punkten conformen Praxis nicht gelingen wollte. Halten wir uns nur an die erwähnten 10 Entscheidungen, von denen die älteste das Datum des 2. Mai 1855 die jüngste das vom 30. Jänner 1861 trägt, so zeigen sich folgende Standpunkte vertreten:

1. Vollkommen gleichmäßig wird der Haupteid dann für unzuläſſig erklärt, wenn er ausdrücklich als unrückschiebbar aufgetragen ist, oder sich als unrückschiebbar deshalb erweist, weil der Deferent zugibt, die Thatsachen nicht zu kennen, während sie zugleich andererseits dem Delaten unbekannt sind. (Nr. I. und VI. der Zusammenstellung,

womit noch die in Nr. 70 G. Z. v. 1865 abgedruckte Entscheidung vom 9. Aug. 1864 Nr. 5772 zu vergleichen ist.)

2. Die früher erwähnte Entscheidung vom 28. September 1859 Nr. 5433 (Zusammenstellung Nr. VIII) spricht aus: „Der Haupteid über die durch die Kläger behauptete Novation kann den Belangten nicht einmal in der Art aufgetragen und auferlegt werden, daß sie denselben mit dem Beisatze „ihres Wissens oder ihres Erinnerns“ ablegen. Denn die Ablegung des Haupteides mit diesem Beisatze findet nur dort statt, wo der Deferent angibt, daß die zu beschwörende Thatsache dem Delaten bekannt sei, oder wo aus den Umständen geschlossen wird, daß sie dem letzteren bekannt sein kann; nicht aber dort, wo aus der Angabe des Deferenten selbst mit Bestimmtheit hervorgeht, daß die fragliche Handlung dem Delaten unbekannt sei. In diesem letzteren Falle könnte der Delat nur so viel schwören, daß ihm nicht bekannt sei, ob sich jene Thatsache ereignet habe oder nicht, was einerseits zu beschwören ganz überflüssig ist, weil dies aus der klägerischen Angabe selbst unzweifelhaft hervorgeht, andererseits aber für die Entscheidung des Rechtsstreites ganz unerheblich wäre, weil das Urtheil sich blos auf die formell erwiesene objective Existenz oder Nichtexistenz eines Factums gründen kann und gründen muß.“

Dieser Auffassung nähert sich die Entscheidung vom 17. März 1858 (Zusammenstellung Nr. VI), welche nebenher auch anführt, „daß die Weigerung der Beklagten, den Haupteid anzunehmen und abzuschwören, begründet war, da es sich hiebei um eine Thatsache handelte, welche von dem zwischen der A. und dem B. allein bestandenen Dienstverhältnisse beschlossen und begrenzt war und daher vermöge ihrer Beschaffenheit und bei dem Umstande, daß die Beklagten mit B. nicht in gemeinschaftlicher Haushaltung gelebt haben, denselben gänzlich unbekannt blieb.“

In diesen beiden Fällen war also festgestellt oder doch aus den Umständen zu schließen, daß den Delaten das Factum nicht bekannt sein konnte, und der oberste Gerichtshof sah diese Thatsache als entscheidend an.

3. Sofort tritt also die Frage der Beweislast heran. In dieser Hinsicht ist nur zu erwähnen, daß einige Entscheidungen, welche den Haupteid zulassen, unter Anderem dafür auch geltend machen: „Was die von der Geklagten dagegen vorgebrachten Einwendungen betrifft,

daß sie von den in den fraglichen Eiden enthaltenen Umständen keine Wissenschaft habe und keine haben könne, so genügen derlei bloße Angaben nicht, weil sonst allzu leicht dieses Beweismittel beseitigt werden könnte. Es wäre der Geklagten vielmehr obgelegen, jene Umstände darzuthun, aus denen das Nichtwissenkönnen von ihrer Seite hervorgeht, was sie jedoch unterließ." (Entscheidung vom 3. Februar 1860, Zusammenstellung Nr. IX.) Noch unbestimmter und noch mehr als Nebengrund wird in der Entscheidung vom 1. Juli 1857 (Zusammenstellung Nr. IV) geltend gemacht: „Der Deferent kann durch die bloße Angabe des Delaten, die zu beschwörenden Umstände seien ihm nicht bekannt, um sein durch den Haupteid herzustellendes Beweismittel gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 207 a. G. O. nicht gebracht werden." Endlich spricht die Entscheidung vom 26. August 1856 (Zusammenstellung Nr. III) geradezu aus, daß den Deferenten die Beweislast nicht treffe, weil sich dafür „weder in den Worten noch im Geiste des Gesetzes ein Anhaltspunkt finde." — Von dieser Auffassung ausgehend würde es scheinen, daß es Sache des Delaten sei, seine Unkenntniß zu beweisen oder doch wenigstens glaublich zu machen, widrigens er sich die Auftragung des Haupteides gefallen lassen müßte. Insoferne wäre zwischen allen bisher angeführten Entscheidungen noch die innere Uebereinstimmung vorhanden.

4. Allein theils schon in den bisher angeführten, theils in einigen noch anzuführenden Entscheidungen, ist eine viel weiter gehende Ansicht von der Berechtigung des Deferenten ausgesprochen. Das Beweismittel des Haupteides ist jedem Alleganten, der einen Vergleich zu schließen berechtigt ist, durch das Gesetz ohne Einschränkung zuerkannt. Nichts, was sich in der Person des Delaten zuträgt, kann ihn dieses Rechtes berauben; und wenn der Delat widerspricht, ohne daß er es „wagt," seinen Widerspruch durch einen Eid zu bekräftigen, obgleich dieser nur ein Eid des Wissens und Erinnerns ist, so hat er eben muthwillig widersprochen. Zunächst sei hier solcher Entscheidungen gedacht, welche selbst die Auftragung eines Haupteides an Irrsinnige für zulässig erklären. Die Entscheidung vom 9. October 1861, Nr. 6366 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 1397) motivirt dies damit, daß „der Zufall, daß der Beklagte wahnsinnig wurde, dem Kläger nicht so weit nachtheilig sein

könne, daß er eines gesetzlich zulässigen Beweismittels schon im voraus[1]) verlustig erklärt werden soll."

Gehen wir zurück zu den in der Zusammenstellung enthaltenen Entscheidungen, so finden wir diese Auffassung am entschiedensten in folgenden vertreten:

a) Entscheidung vom 26. August 1856 (Zusammenst. Nr. III). Es handelt sich um einen dem Erben über ein Factum des Erblassers aufgetragenen Haupteid. Darüber heißt es in den Gründen: „Der §. 203 a. G. O. räumt im Allgemeinen jeder Partei, welche die Sache zu vergleichen berechtigt wäre, die Befugniß ein, dem Gegner den Haupteid über jene Umstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen, und zwar (nach §. 207 ebendaselbst) dem Gegner, der im eigenen Namen Proceß führt, nicht nur über eigene, sondern auch über fremde Handlungen. Unverkennbar gewährt das Gesetz dem einen Thatumstand behauptenden Streittheil Schutz gegen den vom Gegner muthwillig und gegen sein besseres Wissen vorgebrachten Widerspruch."

b) Entscheid. v. 1. Juli 1857, Nr. 5832 (Zusammenst. Nr. II.) Es handelt sich um einen Exscindirungsproceß, also um ein Factum, worüber aller Wahrscheinlichkeit nach dem Beklagten nichts Näheres bekannt ist. Da heißt es denn: „Der Geklagte führt den gegenwärtigen Proceß im eigenen Namen und der Haupteid kann ihm daher, gemäß §. 207 a. G. O., auch über fremde Handlungen aufgetragen werden. Sind dem Geklagten diese Handlungen — deren Existenz er doch widersprochen hat — wirklich nicht bekannt und wagt er es deshalb nicht, den Haupteid abzulegen, so mag er ihn dem Kläger zurückschieben; der letztere kann durch die bloße Angabe des Geklagten, die zu beschwörenden Umstände seien ihm nicht bekannt, um sein durch den Haupteid herzustellendes Beweismittel gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 207 a. G. O. nicht gebracht werden."

---

[1]) Allerdings ist nebenher bemerkt, es lasse sich noch nicht bestimmen, ob der Delat im entscheidenden Zeitpunkte noch wahnsinnig sein werde. — Was soll nun aber dann geschehen, da offenbar das einmal ergangene Urtheil nicht mehr rückgängig gemacht werden kann? Da müßte wohl ein ähnlicher Vorgang eingehalten werden, wie in einem Falle, wo die Eidestagsatzung wegen Verschollenheit des Eidespflichtigen verlegt wurde. (Glaser-Unger Nr. 119.)

c) Endscheid. v. 3. Febr. 1860, Nr. 596 (Zusammenst. Nr. IX.) Ebenfalls ein Excindirungsproceß und zwar von jener häufigen und nicht ganz unverdächtigen Classe, wo die Ehefrau des Executen (diesmal jedoch nicht ohne einige Bescheinigung ihres Rechtes) als Klägerin auftritt. Die Beklagte, heißt es, „hat die in den bemerkten Eiden enthaltenen Umstände widersprochen, es konnte ihr daher nach den §§. 203 und 207 a. G. O. der Haupteid aufgetragen werden. Auch hat sie die von der Klägerin zu erweisenden Umstände in Gemäßheit des §. 206 (ebenda) nur ihres Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen, und kann sie dieses nicht, weil sie wirklich gar keine Wissenschaft davon hat, konnte sie eben diese Umstände auch nicht in der Verhandlung mit gutem Gewissen widersprechen. Endlich steht ihr frei, den Eid der Gegnerin zurückzuschieben, in welchem Falle sie in der von Jedermann anzunehmenden Rechtlichkeit, sowie in den von dem Gesetze auf die Ablegung eines falschen Eides gesetzten Strafen gleichfalls hinlänglichen Schutz ihres Rechtes erwarten kann."

d) In den anderen hieher gehörigen Entscheidungen wurde die Einwendung des Delaten ohne nähere Begründung beseitigt. Es geschah dies unter folgenden verschiedenen Verhältnissen. Im Falle II der Zusammenstellung (Entscheidung vom 24. Juli 1855, N. 6688) soll Delat schwören, daß die auf dem Boden des Deferenten verbrannten Kuhhäute nicht eben jene 50 Stück waren, die er demselben in Verwahrung gegeben. — Im Falle V (Entscheidung vom 28. Februar 1858) führen Erben gegen Erben Proceß. Es handelt sich um eine Geschäftssache des Erblassers, von dem die Delaten getrennt lebten. Diese berufen sich überdies auf Umstände, welche ihnen die Thatsachen als unwahr erscheinen lassen. Im Falle VII (Entscheidung vom 1. Juni 1859) soll der Erbe die Unechtheit eines Acceptes des Erblassers, der noch selbst belangt worden war und die Echtheit widersprochen hatte, beschwören, „weil er sich dessen nach §. 207 a. G. O. nicht entschlagen kann, zumal er den Eid nur mit dem Beisatze seines Wissens und Erinnerns abzulegen hat." — Im Falle X endlich (Entscheidung vom 30. Jänner 1861) soll der Delat schwören, es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, daß Beklagter, welcher einer Nachlässigkeit beim Hüten von Schafen beschuldigt ist, „am Tage vor jener

Nacht im Dienste des Klägers sich äußerst müde gearbeitet habe und deshalb in der Nacht sich schlechthin des Schlafes nicht erwehren konnte." (In diesem Falle ward übrigens auch noch auf die Vergleichsnatur des Haupteides Werth gelegt.)

Darf man nun in dem hier Angeführten ein treues Bild der Praxis des k. k. obersten Gerichtshofes sehen, so käme man zu folgendem Resultate: Die Ansicht, daß der Delat den Eid ablehnen könne (und müsse), wenn außer Zweifel steht, daß er vom Gegenstande des Streites nichts wisse, hat Eingang gefunden; keineswegs aber ist sie als unbedingt geltend anerkannt. Dagegen liegt hier kein Fall vor, in welchem dem Deferenten die Beweislast über das Wissen des Delaten auferlegt worden wäre. Wohl aber fehlt es nicht an Entscheidungen, in welchen sie unbedingt dem letzteren zugemuthet, oder die Frage selbst als eine das Recht des Deferenten nicht beeinflussende angesehen wird. Motivirt wird das dann hie und da, aber nicht immer mit einer Deutung der Formel des „Wissens und Erinnerns," welche dem bona fide Widersprechenden die Ablegung des Eides ermöglichen würde.

Man begreift indeß leicht, daß die Gerichte, welche übrigens im Urtheil keine directe Veranlassung haben, die Formel des Wissens und Erinnerns zu interpretiren, jede Wendung zu vermeiden suchen, welche eine leichtsinnige und gewissenlose Abschwörung befördern könnte. Andererseits sehen sie sich durch das Gesetz aber nicht autorisirt, die schrankenlose Freiheit, die die a. G. O. dem Deferenten gewährt, zu beeinträchtigen. Es ist dies sehr erklärlich angesichts eines Gesetzes, welches nur von dem Rechte, den Haupteid aufzutragen, nicht von dem, ihn abzulehnen, handelt, — welches ausdrücklich die Auftragung des Eides über fremde Handlungen gestattet, ohne ein beschränkendes Wort beizufügen, welches eine absolute Beweistheorie aufstellt, die dem Indicienbeweis keine anerkannte Stellung einräumt, welche daher auch nicht gestattet, die Persönlichkeiten der beiden Proceßführer gegen einander abzuwägen. Die Möglichkeit, daß ein ehrlicher Mann seines Rechtes verlustig wird, weil es ihm am Beweise fehlt, liegt hier nahe und ist beunruhigend genug.

Allein stellt man sich nicht doch viel zu einseitig auf den Standpunkt des Deferenten und übersieht, daß schließlich er, nicht der Delat, zu beweisen habe, und daß, wo kein Beweis möglich ist, den Beweisführer die Folgen treffen?

Der Eid des Deferenten ist ein Beweis; allein man wird zugeben, daß er für sich genommen ein Beweis schwächster, bedenklichster Art sei. Denn er ist nicht blos Zeugniß in eigener Sache; sondern er ist vereinzeltes Zeugniß, während das Gesetz sonst die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen fordert. Er ist nicht blos Aussage eines bedenklichen Zeugen, sondern er schneidet auch dem Gericht die ihm sonst zustehende Abwägung der Glaubwürdigkeit des bedenklichen Zeugen ab. Er ist das Zeugniß eines Zeugen, der den Grund seines Wissens weder angibt, noch darnach gefragt werden kann, — der sich jeder Erprobung der Haltbarkeit seiner Aussage, wie sie sonst durch Zwischen- und Gegenfragen möglich ist, entzieht, und vollkommen in der Lage ist, sich eine Satzconstruction zu ersinnen, welche ihm die Möglichkeit gewährt, eine unvollständige, zweideutige Wahrheit zu sagen, eine Wahrheit, die der Wirkung nach doch nur Lüge ist. Einem so beschaffenen Beweismittel Glauben zu schenken, wäre gewiß widersinnig, läge nicht die eigentliche Kraft in dem stillschweigenden Geständniß des Delaten, dem die Möglichkeit geboten war, durch seinen Eid die Sache zu seinen eigenen Gunsten zu entscheiden und der diese Möglichkeit nur deshalb unbenützt ließ, weil er nicht schwören konnte. Dieses Nichtkönnen des Delaten beweist aber nur in einem Falle etwas: wenn es seinen Grund in der Ueberzeugung des Delaten hat, daß der Deferent die Wahrheit behaupte, oder daß für die Wahrheit der Behauptung so erhebliche Gründe sprechen, daß ihm sein Gewissen nicht gestattet, sie in Abrede zu stellen. Nehmen wir aber nur die hierauf zunächst liegende Möglichkeit: Der Delat zweifelt an der Wahrheit des Beweissatzes. Alles, was er von der Sache weiß, reicht nicht aus, um eine bestimmte Meinung darüber zu gewinnen. War er in diesem Zustande des Zweifels nicht berechtigt, Beweise zu fordern, wie sie auch der Richter fordern muß, der im Zweifel gegen den Affirmanten zu entscheiden hat? Und ist es recht, ihn in diesem Falle zu zwingen, etwas als Beweis gelten zu lassen, was an sich kein Beweis ist und durch dasjenige, was dem Delaten bekannt ist, nicht unterstützt wird, da es diesem die Sache zweifelhaft läßt?

Der Deferent nimmt für sein Zeugniß Glauben in Anspruch, weil er zum Beweis seiner Aufrichtigkeit das Zeugniß seines Gegners anruft. Wenn nun dieser Gegner zwar nicht gegen ihn auszusagen ver-

mag, aber mit gutem Gewissen ihm sein Zeugniß versagen kann; wo bleibt da das unterstützende Moment?

Dieses unterstützende Moment kann also nur darin liegen, daß die Zurückschiebung des Eides die Behauptung des Deferenten wahrscheinlich macht und daß die Voraussetzungen, von denen dies abhängt, im gegebenen Falle zutreffen. Dies nöthigenfalls zu beweisen, wäre Sache des Deferenten. Dieser Beweis ergibt sich von selbst, wo die Eidesformel so beschaffen ist, daß der Delat hätte schwören können, wäre ihm die Sache wirklich zweifelhaft gewesen. Stellt sie größere Anforderungen, so wird man den Beweis fordern müssen, daß dem Delaten die Unwahrheit des Beweissatzes hätte bekannt sein müssen, wenn dieser nicht eben wahr wäre. Begnügt man sich hier mit der Möglichkeit, daß sie ihm bekannt war, so ist eben auch die andere Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Behauptung des Deferenten unwahr und diese Unwahrheit dem Delaten unbekannt oder nicht genau genug bekannt ist,

Theoretische Untersuchungen, welche für die strengere Auffassung des Eides des Delaten sprechen (namentlich gilt dies von Rizy's geistreicher Abhandlung), gehen von dem allerdings erst mühsam errungenen Satze aus, daß der Haupteid nicht unter den Gesichtspunkt des Vergleiches, sondern unter den des Beweismittels falle. Allein man ging meines Erachtens dabei einen Schritt zu weit, indem man, was vom Eide des Deferenten gilt, auf den des Delaten ohneweiters übertrug. Der schwörende Delat hat nicht zu beweisen, selbst nicht einen Gegenbeweis zu führen; er hat nicht nöthig, den Richter von der Unwahrheit der vorläufig beweislosen Behauptung des Deferenten zu überzeugen. Er beschränkt sich darauf, die vom Gegner versuchte Beweisführung zu vereiteln und der Richter entscheidet dann für ihn, nicht weil er durch den Haupteid des Delaten vom Gegentheil der Behauptung des Deferenten überzeugt wurde, sondern weil er sie, da sie widersprochen und beweislos ist, als unwahr zu behandeln hat. — Wie dem aber auch sei, so wird die am weitesten gehende theoretische Forderung an den Delaten an die Bedingung geknüpft, daß der Deferent auf den bloßen Widerspruch hin beweise, daß Delat von dem Gegenstand des Eides Kenntniß habe. Aber diese Bedingung geltend zu machen, dazu meint die Praxis, nicht ohne Grund, fehle die gesetzliche Ermächtigung.

Unter diesen Umständen kann für jetzt wohl nur dadurch Hilfe geschafft werden, daß für Herstellung einer vollständigen Conformität der Praxis am obersten Gerichtshof in der Richtung gesorgt wird, daß der Delat, der im Bereiche seines Wissens und Erinnerns nach gewissenhafter Prüfung nichts findet, was ihn zwingt, den Anspruch des Gegners als wahrscheinlich anzuerkennen, darüber beruhigt werde, daß er mit gutem Gewissen schwören könne.

Fragt man aber nach der Lehre, welche für die künftige Gesetzgebung sich aus den bisherigen Erfahrungen ergibt, so möchte ich mir folgende Bemerkung erlauben.

Man ist einig darüber, daß der Haupteid in einem geläuterten Proceßrecht nur als Beweismittel Platz finden solle, und ein Beweismittel kann er doch nur da sein, wo die Schwörenden aus eigenem Wissen über den Streitgegenstand eine eidliche Aussage machen, — wo sie Zeugen in eigener Sache sind. Warum sollte man nun in einer Proceßgesetzgebung, welche voraussichtlich gerade beim Zeugenbeweis dem Richter die freieste Würdigung sichern wird, und welche ihn nicht blos als directen, sondern auch als indirecten Beweis des Beweissatzes, als Beweis von Indicien, zulassen wird: warum sollte man Bedenken tragen, die Sache auf ihre einfachsten und natürlichsten Proportionen zurückzuführen, indem man, dem gelungenen, durch die glänzendsten Erfolge belohnten Versuche Englands sich anschließend, an die Stelle des Haupteides das Recht der Parteien setzt, in eigener Sache als Zeugen aufzutreten und den Gegner als Zeugen zu rufen? Nur so wird man den unzähligen technischen Schwierigkeiten, welche der Haupteid mit seinen mannigfaltigen Combinationen hervorruft, entgehen; nur so dem Dilemma entgehen, entweder den Delaten zu gewagten Eiden zu ermuntern, oder den Deferenten beweislos zu lassen; nur so wird man den letzteren von dem Versuch abhalten können, vor dem Strafrichter mit dem Eide durchzubringen, von dem er im Civilprocesse präcludirt wurde. Die Wahrheit aber und die Sicherheit des Rechtsschutzes werden nur dabei gewinnen, wenn die Parteien in die Lage kommen, Alles, was sie zur Sache Gehöriges wissen, dem Richter unter Umständen darzulegen, wo dieser nicht blos Eid gegen Eid, sondern Person gegen Person, Aussage gegen Aussage zu halten und sich so ein Urtheil zu bilden vermag.

Noch entschiedener weisen auf diesen Weg jene Betrachtungen, welche die anderen durch die schon erwähnte Zusammenstellung vorgeführten Entscheidungen anregen.

II.

Die Frage, welchen Einfluß das Vorhandensein von Streitgenossen auf das Anbieten und Annehmen, auf die Zuschiebung und Zurückschiebung so wie auf die Ablegung von Eiden übe, ist in unseren älteren Gerichtsordnungen gar nicht berührt. Sie erhält nur eine indirecte Beleuchtung durch die Bestimmung des §. 109 a. G. O., nach welchem das Geständniß eines der Streitgenossen den anderen nicht nachtheilig sein kann. Jener Entwurf einer Gerichtsordnung indeß, welchen Pratobevera vor Augen hatte, als er seine Abhandlung über das Beweismittel des Eides (Materialien V, 134 ff.) schrieb, hatte bereits das Bedürfniß genauerer Regelung anerkannt und über den Gegenstand folgendermaßen verfügt: „Bei der Eidesdelation an mehrere Streitgenossen, an Gemeinden und Gesellschaften, hat der Eideszuschieber im Processe die Individuen, welche schwören sollen, vorzuschlagen, und das Gericht nach den Rechtsverhältnissen der Theilnehmenden so zu entscheiden, daß der Eid nicht ohne Noth vervielfältiget und nur denjenigen, die ihn nach eigenem Wissen ablegen können, auferlegt werde. Bei Gemeinheiten werden gewöhnlich die Vorsteher, Administratoren und die ältesten Mitglieder gewählt."

Es ist nicht zu verkennen, daß Pratobevera diese Bestimmung nicht billige, vielmehr sie durch distinguirende Interpretation zu verbessern suche. Diese „einfache" Norm, meint er, schließe die richterliche Beurtheilung nicht aus, ob das Interesse der Streitgenossen theilbar oder untheilbar sei. Im ersten Falle sei dann Jeder vom Anderen unabhängig. „Dagegen gewährt bei solidarischen Mitgläubigern oder Mitschuldigern, bei Bürgen und Hauptschuldnern der Haupteid des Einen auch dem Anderen eine Klage oder Einwendung und er vertritt die Stelle der Zahlung (§. 893 a. b. G. B.)." — Dennoch finden wir jene Bestimmung des älteren Entwurfes ziemlich unverändert im §. 241 ung. C. P. O., und erst der neueste österreichische Entwurf unterscheidet die zwei ganz verschiedenen Fälle des Eides für „Gemeinden,

Gesellschaften und andere juristische Personen," für welchen er es bei der Bestimmung des §. 241 ung. C. P. O. bewenden läßt, und den des Eides von Streitgenossen. In Bezug auf diesen heißt es: „Streitgenossen müssen den ihnen aufgetragenen oder vorbehaltenen Eid sämmtlich schwören. Bei vorhandener Theilbarkeit des Anspruches beschränkt sich die Wirkung der von Einzelnen erfolgten Ablegung oder Nichtablegung des Eides auf die ihnen zukommenden Antheile. Wenn aber der Eid zum Beweise von Umständen dienen soll, welche nur besondere Rechte einzelner Streitgenossen betreffen, so ist der Eid nur von jenen abzulegen, welche der zu beweisende Umstand betrifft."

Uebersehen wir die Rechtsprechung des k. k. obersten Gerichtshofes in dieser Frage [2]), so begegnen wir Folgendem:

I. In Fällen, wo einer Handlungsgesellschaft der Haupteid aufgetragen ist, genügt der Eid eines Gesellschafters, wobei die Wahl den Delaten zusteht. (Entsch. vom 18. October 1850, Nr. 5802, G. Z. 1852, Nr. 47. Entsch. vom 25. April 1854, G. Z. 1854, Nr. 67. Entsch. vom 13. November 1860, Nr. 13426, G. Z. 1861, Nr. 22; Glaser-Unger-Walther Nr. 1230.)

II. Ist mehreren solidarisch Verpflichteten der Haupteid aufgetragen, dann muß er von allen Streitgenossen abgelegt werden, so daß die Nichtablegung von Seite Eines derselben Allen schadet. (Entsch. vom 28. Februar 1854, Nr. 1017, G. Z. 1855, Nr. 25.) Dagegen war in einem Miethstreit den Miethern, einem Ehepaar, der Haupteid aufgetragen und von der Frau über alle Punkte, von dem Manne nur über einige abgelegt. Als das entscheidendste Motiv, diese Eidesleistung als genügend anzusehen, ward es erklärt, „daß von A. selbst die Solidarität des Rechtsverhältnisses der C. zu ihrem Manne B. behauptet wird. Wird erwogen, daß die C. den Haupteid über alle Punkte abgelegt hat, so müssen die sämmtlichen Eide im Sinne des §. 892 a. b. G. B. als geleistet angesehen werden." (Entsch. v. 20. Juli 1858, Nr. 6726, Glaser-Unger-Walther Nr. 598.)

III. In einer Rechtssache des A. gegen B. und C. wegen Zahlung von 700 fl. als Zins für verpachtete Fabriksrealitäten, wobei eine Solidarpflicht nicht geltend gemacht wurde, kam es auf den den Beklagten

---

[2]) Vrgl. namentlich die Zusammenstellung von Entscheidungen in Nr. 68 und 69 der Allg. österr. G. Z. vom Jahre 1865.

über den Inhalt des Vertrages aufgetragenen Haupteid an. B. allein trat den Eid an. Der oberste Gerichtshof wies diese Eidesantretung zurück und erklärte den Eid für zurückgeschoben. (Entsch. vom 12. Jänner 1859, Nr. 14384 und 14385; Glaser-Unger-Walther Nr. 706.) [3])

IV. Zwei Fälle liegen vor, in welchen Erben über den Bestand eines Activum oder Passivum der noch nicht eingeantworteten Verlassenschaft ein Haupteid aufgetragen wurde. In beiden Fällen handelte es sich um eine Geldschuld. Im ersten Falle bezog sich der Eid auf die Echtheit eines Acceptes des Erblassers und die erste Instanz verhielt nur Einen der Erben zum Eide; allein der oberste Gerichtshof entschied, es hätten alle Erben zu schwören, daß sie den Wechsel nach bestem Wissen und Gewissen für unecht halten: „Es handelt sich um eine Negation, daher sämmtliche Erben den Eid ablegen müssen, weil sonst gerade derjenige, welcher von der zu verneinenden Thatsache Wissenschaft hat, die Ablegung dieses Eides unterlassen könnte. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich übrigens auch aus dem §. 547 a. b. G. B., weil, wenn mehrere Erben eintreten, nicht einer für sich allein, sondern alle zusammen den Erblasser vorstellen; es müssen daher auch alle die zu beschwörende Thatsache verneinen, wenn solche für von dem Erblasser verneint gehalten werden soll." (Entsch. vom 2. Juli 1857, Nr. 6448; Glaser-Unger-Walther Nr. 1025.) — Im zweiten Falle (Entsch. vom 22. Juni 1859, Nr. 6699; Glaser-Unger-Walther Nr. 816) hatte die zweite Instanz entschieden, für jeden der Miterben hänge der Ausgang der Sache, d. h. die Anerkennung des

---

[3]) Die Motive legen das Hauptgewicht darauf, daß die Eidesformel im Plural gefaßt sei, und daß es daher nicht angehe, den Eid nach einer im Singular gefaßten Formel abzulegen. Dagegen wäre aber doch zu bedenken, daß man jedenfalls die Formel wenigstens so weit ändern muß, daß z. B. B. hätte schwören müssen, „daß ich und C. nicht 2c." Wenn nun die Eidesformel das Factum zweier Personen umfaßt und eine derselben dieses Factum läugnet, so scheint sie eben schon unhaltbar geworden; und aus dieser absoluten Unveränderlichkeit der Formel — wenn es überhaupt darauf ankommen könnte — würde eher folgen, daß der negative Eid eines Delaten genüge. — Noch ein anderer, zwar nicht an den obersten Gerichtshof gelangter Fall sei hier erwähnt, in welchem eine Mehrzahl von Gemeinden aus demselben Rechtsgeschäfte belangt wurde, und „weil es nach der Art der Verhandlung füglich nicht ausführbar erschien, zu bestimmen, welche Antheile die einzelnen Gemeinden treffen," der Eid allen geklagten Gemeindevorstehern in der Weise auferlegt ward, daß im Antretungsfalle das Widerspiel des zu Beschwörenden für alle gelten solle, wenn auch nur Einer den Eid nicht ablege. (Entsch. des österr. Oberlandesgerichtes vom 17. April 1860, Nr. 1614; G. Z. 1860, Nr. 93.)

seinem Erbtheil entsprechenden Theiles der Schuld, von dem Ausgange des ihm aufgetragenen Haupteides ab. Dagegen entschied auch hier der oberste Gerichtshof im obigen Sinne [4]). — Eine andere Entscheidung, welche einen Fall betraf, wo mehrere Erben den Haupteid aufgetragen hatten, wird später noch erwähnt.

V. Eheleute, welche sich den auf Zahlung einer Geldschuld Belangten als Vertretungsleister angeschlossen hatten, boten ihren Erfüllungseid an; als es zur Eidesleistung kam, verweigerte die Frau den Eid, weil sie bei der in Frage kommenden Verhandlung nicht gegenwärtig gewesen. Der oberste Gerichtshof erklärte den Eid des Mannes allein für ausreichend; „in Erwägung daß die rechtliche Wirksamkeit des Eides nicht von einer Mehrheit der Personen, die ihn leisten sollen, abhängen kann und daß im entgegengesetzten Falle die Wahrheit dessen, was C. zur Ergänzung des vom Beklagten durch Zeugen gelieferten halben Beweises bereits beschworen hat, dennoch nicht als dargethan angesehen werden müßte, obschon von Seite des C. alles geschehen ist, was ihm nach dem Urtheile oblag; daß ferner der Kläger A. die Behauptung der D., daß nur sie bei der Abschließung des fraglichen Vertrages nicht zugegen war und blos deßhalb den Eid nicht leisten könne, nicht widersprochen hat und demnach angenommen werden muß, daß das zu beweisende Factum durch den von C. allein geschworenen Eid

---

[4]) In den Motiven heißt es: „Da es sich nicht um einzelne bestimmte Forderungsbeträge, für welche die drei Geklagten einzeln, jeder für seine Person verpflichtet wären, sondern um eine Schuld der noch nicht eingeantworteten Verlassenschaft handelt, zu welcher die drei Geklagten mit den Klägern als Miterben einschreiten; da die Schuld des Erblassers mit dem Betrage, mit welchem sie als bestehend erwiesen wird, auf der ganzen Verlassenschaft haftet und von allen Erben zu übernehmen ist (§. 548 a. b. G. B.); da die Erben nach Annahme der Erbschaft in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vorstellen und in Beziehung auf dritte Personen, als welche hier die als Erbschaftsgläubiger einschreitenden Kläger anzusehen sind, mit dem Erblasser für Eine Person zu halten sind (§. 547 a. b. G. B.); da hienach der Haupteid, welcher zum Beweise der eingeklagten Forderung aufgetragen wurde und nicht der Verlassenschaft, sondern nur den renitirenden Erben als Repräsentanten des Erblassers aufgetragen werden konnte, nicht nach den einzelnen Personen der renitirenden Erben und mit der Wirkung einer Verminderung der Verlassenschaftsschuld pro rata des Antheils, mit welchem sie den Einzelnen der renitirenden Erben trifft, getrennt werden kann, weil einzelne der Erben den Erblasser nicht vorstellen und mithin auch die Eidesablegung von Seite eines Einzelnen die Verlassenschaft weder zur Gänze, noch zum Theile von der eingeklagten Schuld befreien kann: so muß der erwähnte Vorbehalt des Rechtes der Einzelnen der Geklagten, den aufgetragenen Haupteid für sich allein anzunehmen oder zurückzuschieben, so wie die hieran geknüpfte Folge einer theilweisen Herabminderung der eingeklagten Forderung beseitigt werden."

allerdings vollkommen dargethan werden kann." (Entsch. vom 29. Mai 1861, Nr. 2816; Glaser-Unger-Walther Nr. 1334.)

Halten wir nun, ehe in die Erörterung der mannigfach verschlungenen Fragen eingegangen wird, Umschau in der gemeinrechtlichen Literatur und der neueren deutschen Gesetzgebung, so ist vor allem hervorzuheben, wie der Gedanke sich immer entschiedener Bahn gebrochen hat, daß die Streitgenossenschaft ein juristisches Verhältniß zwischen den neben einander als klagend oder beklagt erscheinenden Personen überhaupt nicht begründe, daß vielmehr die subjective Klagenhäufung, welche in einem solchen Falle vorhanden ist, nichts daran ändere, daß in der That eine Mehrheit von Rechtsstreiten vorliege, daß jeder derselben sein eigenes Proceßschicksal erfahren könne und daß das Urtheil jeden der mehreren Kläger oder Beklagten besonders berücksichtigen müsse und ganz wohl auch für jeden anders ausfallen könne [5]).

Wendet man diesen Grundsatz auf den Beweis durch den Eid an, so ergibt dies das Resultat, daß auch hier jeder Streitgenosse als Beweispflichtiger und als Beweisgegner ganz so zu behandeln wäre, als stände er allein, und daß er also für seinen Theil siegt oder sachfällig wird, ohne Rücksicht darauf, ob seine Genossen schwören oder nicht.

Stellt sich jedoch der Durchführung dieses (freilich nur für die Urtheilsfällung) einfachen Grundsatzes die Untheilbarkeit der Streitsache, welche eine individuelle Aburtheilung nicht gestattet, entgegen, dann wird es unvermeidlich, daß das Verhalten eines Streitgenossen auf das Proceßschicksal der anderen zurückwirke, und es wird nöthig, eine Norm darüber aufzustellen, was zu gelten habe, wenn die Streitgenossen sich zu demselben Eide verschieden verhalten.

Man muß dabei wieder zwei Momente auseinanderhalten: die

---

[5]) Planck, die Mehrheit der Rechtsstreite. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilproceß (VIII. Aufl.), S. 115 ff. 546. Linde, Lehrbuch §. 109. Brackenhöft, Erörterungen, S. 280 ff. Osterloh, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentl. Civilprocesses, §. 110, S. 245 ff. Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses (1. Aufl.), S. 671. Koch, der preuß. Civilproceß (2. Aufl.) §. 77. Heffter, Civilproceß . . . im Gebiet des allg. Landrechts §. 45. — Badische Proceßordn. von 1864, §. 102. Hannover, §. 33. Großh. hess. Entw. Art. 92. Viel reservirter der österr. Entw. von 1862, §. 42. Dagegen Entw. der deutschen Civilproceßordn. §. 58: „Streitgenossen stehen, sofern sich nicht aus civilrechtlichen Grundsätzen oder aus besonderen Bestimmungen dieses Gesetzes etwas anderes ergibt, der Gegenpartei dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Angriffs- und Vertheidigungsmittel des einen Streitgenossen dem anderen eben so wenig nützen, als die nachtheiligen Handlungen oder Unterlassungen desselben dem Anderen zum Schaden gereichen."

processualischen Erklärungen über Auftragung, Zurückschiebung oder Annahme des Eides und die Ablegung selbst. — Jene Erklärungen sind für das Schicksal des Processes durchaus maßgebend; durch sie wird eventuell über den Streitgegenstand verfügt, und wenn unter den Personen, welchen gleiche Berechtigung zu solcher Verfügung zukommt, über die entscheidende Erklärung eine Meinungsverschiedenheit besteht: wessen Wille soll den Ausschlag geben? — Diese Frage hat im Allgemeinen — wenn gleich mitunter noch zwischen der Stellung der Deferenten und der Delaten unterschieden wurde — drei verschiedene Lösungen gefunden:

1. Es entscheidet die Stimmenmehrheit [6]). Die Erklärung ist also als nicht abgegeben anzusehen, wenn die dazu nöthige Stimmenmehrheit nicht zu erlangen war. Im diesem Sinne entscheidet die Frage für die Delaten noch §. 284, Abs. 2, der hannover'schen Proceßordnung.

2. Ueber die entgegengesetzten Erklärungen der Streitgenossen entscheidet der Richter, wobei für ihn folgende Gesichtspunkte maßgebend sind:

a) Wenn von mehreren Streitgenossen einer sich des Eides, ein anderer eines anderen Beweismittels bedient, ist ganz so vorzugehen, wie wenn beide Erklärungen dieselbe Person abgegeben hätte [7]). Die subsidiäre Natur des Eides bringt es mit sich, daß die auf den Eid compromittirende Erklärung erst nach Erledigung der anderen Beweise in Betracht kommt. Dies führt bei mehreren Deferenten zu einer sachgemäßen Entscheidung; bei einer Mehrheit von Delaten aber entstehen dabei Schwierigkeiten in Bezug auf die Gewissensvertretung.

b) Der Richter erörtert die Gründe der von einzelnen der Streitgenossen ausgesprochenen Verweigerung der Einlassung auf den Eid und entscheidet dann mit Rücksicht darauf, ob auf Seite der Streitgenossen eine den Anforderungen des Gesetzes genügende Eidesleistung möglich sei. Nach §. 243 Tit. 10 der preuß. a. G. O. ist zunächst darauf

---

[6]) Arg. L. 31 §. 5 D. de aedil. edicto 21. 1. L. 84 §. 13 D. de legatis I. (XXX) — freilich Stellen, welche die Frage gar nicht berühren und gewiß nicht entscheiden; ja welche mit mehr Recht für die Ansicht angeführt werden, daß die Streitgenossen vom Richter verhalten werden können, sich zu einigen. Osterloh, §. 145 Nr. 11, §. 146 Nr. 40. Brackenhöft a. a. O., S. 290, 291, 292, Anm. 54.

[7]) Brackenhöft a. a. O., S. 293. Schmied, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses (Kiel 1844) II. S. 336, Anm. 18.

zu sehen, ob nur auf Seite einer Partei de veritate aus eigener Kenntniß und Wissenschaft geschworen werden könne und diese Partei dann zum Eide zuzulassen. — Wo dieser Anhaltspunkt fehlt, soll bei Litis Consorten so vorgegangen werden, wie bei Mitgliedern einer Corporation, welche einen Eid zu leisten hat. Darüber aber ist folgende ausführliche Vorschrift ertheilt:

„§. 276. Ist der Gegenstand des Processes untheilbar; und einer oder einige der zur Leistung des Eides abgeordneten Mitglieder sind dazu bereit, andere aber nicht; so muß der Instruent die letzteren über die Ursache ihrer Weigerung vernehmen. Besteht dieselbe in einem Religionsscrupel, oder darin, weil ihnen von der Thatsache, worüber geschworen werden soll, gar nichts bekannt ist; so müssen sie an Eidesstatt bekräftigen, daß dieses die einzige Ursache sei, welche sie von der Ableistung des Eides zurückhalte; und alsdann müssen an ihrer Stelle eben so viel andere Mitglieder der Gemeine, oder des Collegii, ernannt oder ausgesucht werden.

§. 277. Besteht aber die Ursache ihrer Weigerung darin, daß ihnen Umstände bekannt sind, wodurch die zu beschwörende Thatsache entweder zweifelhaft gemacht wird, oder woraus gar das Gegentheil derselben zu entnehmen wäre; so muß der Instruent sie darüber umständlich examiniren, und die anderen Mitglieder, welche schwören wollen, darüber gleichfalls vernehmen.

Bestehen letztere dennoch auf der Leistung des Eides, so müssen die Acten dem Collegio vorgelegt werden, welches näher beurtheilen muß: inwiefern die Untersuchung nach der gegenwärtigen Lage der Sache, und den etwa angegebenen neuen Datis ferner fortgesetzt; oder die Entscheidung, ob die Gemeine für sachfällig zu achten, oder noch durch andere Mitglieder zum Eide zu lassen sei, dem künftigen Haupterkenntnisse vorbehalten werden solle.

§. 278. Wenn der Richter bei Abfassung des Erkenntnisses keine überwiegenden Gründe, sich für eins oder das andere zu bestimmen, findet; so steht ihm frei, zu verordnen, daß die sämmtlichen Mitglieder der Gemeine, Mann für Mann, darüber: ob sie den Eid leisten wollen, vernommen; und sodann, nach der Mehrheit der Stimmen, entweder der Eid von denjenigen, welche diese Mehrheit ausmachen, und dazu erbötig sind, im Namen der ganzen Gemeine abgeleistet, oder weil die

Mehrheit nicht schwören will, die ganze Gemeine dafür, daß sie den Eid nicht leisten könne, geachtet werden solle."

3. Den unverkennbaren Schwierigkeiten, welche die Anwendung der bisher erwähnten Mittel mit sich bringt, geht die neuere Gesetzgebung aus dem Wege, indem sie die Frage über Auftragung, Rückschiebung und Annahme des Eides in die Frage über die Eidesleistung selbst ganz aufgehen läßt.

Was nun diese Frage selbst betrifft, so ist es selbstverständlich, daß der Proceßgegner einzelnen der Gegner den Eid erlassen, daß er aber nicht willkürlich einzelne derselben von der Eidesleistung derart ausschließlich könne, daß das Schicksal der Gegenpartei einzig und allein von dem Benehmen der von ihm bezeichneten Streitgenossen abhänge. Innerhalb dieser Grenzen erweist sich mehrfach der Widerwille der Gesetzgebung gegen unnöthige Häufung von Eiden maßgebend, so daß das Gesetz selbst eine Beschränkung der Zahl der Schwörenden vorschreibt. (3. B. §. 284 hann. P. O.) Wichtiger aber ist auch hier der Umstand, daß gewöhnlich nur einige der Streitgenossen in der Lage sind, den Eid ablegen zu können. Hier stehen sich wieder zwei Auffassungen principiell gegenüber:

a) Es genügt, daß die Streitgenossen sich unter einander darüber verständigen, welche von ihnen im Auftrage aller und also mit der gleichen Wirkung, als hätten alle geschworen, den Eid ablegen sollen [8]), oder doch wenigstens, daß sich einige Streitgenossen in der Lage befinden, aus eigenem Wissen schwören zu können und daß eben diese, deren Auswahl dem Proceßgegner zukommt [9]), sich dazu herbeilassen.

Nach den badischen Proceßordnungen von 1851 und 1864, Art. 571 und dem großh. hessischen Entwurf (Art. 631) genügt es, wenn der Streit ein untheilbares Rechtsverhältniß zum Gegenstande hat, daß der Eid auch nur von einem der Streitgenossen abgelegt wird.

b) Es haben alle Streitgenossen zu schwören [10]). Diesen Grundsatz hatte schon der Koch'sche Entwurf einer Civilproceßordnung für Preußen aufgestellt (§. 456). Ihm schließt sich der österr. von 1862

---

8) S. z. B. die bei Strippelmann Die Eideszuschiebung nach gemeinem und hessischem Privatrechte (Cassel 1856), S. 198, Anmerk. 71 erwähnte Casseler Entscheidung.

9) Hannover'sche P. O. Art. 283. Strippelmann a. a. O. S. 199.

10) Schmied a. a. O. Anm. 21.

(§. 320) an. Der Entwurf der deutschen Civilproceßordnung steht principiell auf demselben Standpunkte, sucht aber doch einer althergebrachten Anschauung über den Einfluß der Correalität in einer für die Sicherheit der Auslegung wohl allzu vorsichtigen Weise Rechnung zu tragen; er bestimmt: „Streitgenossen haben den Eid sämmtlich zu schwören, sofern nicht nach den Vorschriften des Civilrechts oder nach Vereinbarung der Parteien die Leistung oder Verweigerung des Eides von Seiten eines einzelnen Streitgenossen die Eidesleistung der übrigen unnöthig macht." Den Berathungsprotokollen (S. 2833—2835) ist zwar zu entnehmen, daß die Debatte über den betreffenden Paragraph des Entwurfes hauptsächlich die Worte „oder nach Vereinbarung der Parteien" zum Gegenstande hatte, allein eine gelegentliche Aeußerung läßt doch darüber keinen Zweifel, daß man bei den „Vorschriften des Civilrechts" nur an die über die Untheilbarkeit der Obligationen gedacht und wohl nur, weil man sich nicht an ein Civilgesetzbuch halten konnte, sich eines so unbestimmten Ausdruckes bedienen mußte. Es ist aber sehr zu bezweifeln, daß in irgend einem deutschen Lande die Bestimmungen des Civilrechtes die Frage ausdrücklich entscheiden, ob, wenn von zwei am Proceß Theil nehmenden Correalgläubigern oder Schuldnern der eine den Eid leistet, der andere ihn verweigert, der erstere oder der letztere den Ausschlag gibt? Das quellenmäßige Fundament der Lehre, daß bei der passiven Correalität der Eid des einen der Schuldner genüge, ist bekanntlich sehr schwach. Es ist die L. 28 §. 3 D. de jurejurando (12,2): Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit: alteri quoque prodesse debebit. In diesem Satze liegt allerdings, daß der Eid des einen Correalschuldners auch dem anderen nütze, so wie umgekehrt: In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit (L. 28 pr. D. eod). Allein damit ist doch eigentlich nur der Fall getroffen, wo von den mehreren Correalgläubigern oder Correalschuldnern Einer allein Proceß führt[11]). Wenn man aber daraus eine Consequenz für den Fall gezogen hat, wo zwischen wirklich am Proceß sich betheiligenden Personen ein Correalitätsverhältniß besteht[12]), wenn man, wie namentlich die hannover'sche Proceßordnung thut, in diesem Falle eine Ausnahme von der Regel macht, welche diese Verhältnisse bei Untheilbar-

[11]) Osterloh §. 148, Anm. 15. Brackenhöft S. 292, Anm. 54.

[12]) Vrgl. Strippelmann S. 195.

keit der Streitsache ordnet, wenn man gerade nur in diesem Falle sich mit dem Eide eines Streitgenossen begnügt und nur in diesem Falle dem Gegner der Streitgenossen jeden Einfluß auf die Auswahl des Schwörenden abspricht, so fehlt dafür die historische Begründung und wohl auch die Begründung aus der Natur der Sache, deren Erörterung wir uns nun zuwenden müssen.

Das Beweisrecht im Civilproceß läßt sich auf zwei Elemente zurückführen: auf ein natürliches und auf ein künstliches. Das natürliche Element ist dasjenige, welches darauf hinarbeitet, die Thatfrage rein als solche zu behandeln, den Richter in die Lage zu versetzen, das, was ihm nach den Ergebnissen des Verfahrens als der wahre Sachverhalt erscheint, seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Dem gegenüber ist aber auch das Bestreben der Gesetzgebung maßgebend, dem Richter durch Aufstellung einer positiven Beweistheorie seine Entscheidung von einem aprioristischen Standpunkte aus vorzuzeichnen. Dazu kommt dann noch, das Herübergreifen der Regeln des Civilrechts; zunächst das Dispositionsrecht der Parteien, vermöge dessen der Richter als wahr gelten lassen muß, was die Partei wider sich selbst gelten lassen will — ein Dispositionsrecht, welches aber in dem gleichen Rechte anderer Mitbetheiligter seine Schranke findet; sodann die Regeln über Beweislast, als deren Consequenz es sich darstellt, daß jeder den Zufall zu tragen hat, vermöge dessen es ihm nicht gelingt, für eine wahre Thatsache, aus der er ein Recht ableitet, die nöthigen Beweise beizubringen. Alle diese Momente, vermöge deren die Thatfrage zum nicht geringen Theil in eine Rechtsfrage umgesetzt wird, sind aber doch nur Modificationen und Beschränkungen des eigentlichen Kerns allen Beweisrechts, dessen, — was eben als das natürliche Element desselben bezeichnet wurde. Wo jene sich nicht zu legitimiren vermögen, tritt dieses in sein Recht und der Zug der modernen Entwicklung auf diesem Gebiet geht eben dahin, dem natürlichen Moment nach dem Vorbild des Strafprocesses die Oberhand zu verschaffen, so weit dies nur irgend möglich ist, ohne daß das Mittel den Zweck, der bürgerliche Proceß das bürgerliche Recht beeinträchtigt.

Von diesen beiden Gesichtspunkten ausgehend ist nunmehr die uns vorliegende Frage zu erörtern.

I. Die Beweisfrage ist natürlich mit Rücksicht auf die bestehende positive Beweistheorie zu erörtern. Die wichtigste Consequen-

derselben ist das Bedürfniß nach solchen Beweismitteln, welche die schwebende Frage kategorisch entscheiden und dem Ermessen, der Prüfung des Richters nach geführtem Beweise möglichst wenig überlassen. Ein solches Beweissystem muß die eigene Aussage der Partei, wenn sie auch unter Berufung auf eigenes Wissen und auf einen Eid abgegeben wird, als ein für sich allein gar nicht zulässiges Beweismittel ansehen: Die Partei kann nicht Zeuge in ihrer eigenen Sache sein. Unvermeidlich erweiterte sich die Regel dahin: Niemand kann in derselben Sache Partei und Zeuge sein. Daraus folgt aber, daß jeder Partei nicht blos das Zeugniß entgeht, welches sie selbst abzulegen oder ihrem Gegner abzufragen vermöchte, sondern auch das ihrer eigenen Streitgenossen und das der sämmtlichen Gegner. So wie nun der Parteieneid das Surrogat für das Zeugniß in eigener Sache wird, so muß er auch das Surrogat für das Zeugniß einer jeden in den Proceß verwickelten Partei, auch soweit dieser nicht ihre Rechte, sondern die Anderer betrifft, abgeben.

Am besten wird sich dies am Erfüllungseide zeigen. A. hat einen unbedenklichen Zeugen für sich; er bietet noch sein eigenes Zeugniß an, welches, in der Gestalt des Erfüllungseides zugelassen, die Sache entscheidet, und somit mehr als die Aussage eines bedenklichen Zeugen, welche nach §. 144 a. G. O. der Richter frei zu würdigen hat, beweist. Nehmen wir nun an, A. vermöchte den Erfüllungseid nicht zu schwören, er hätte aber einen Streitgenossen B., der den entscheidenden Thatumstand eidlich zu bestätigen vermag. Stünde dieselbe Person außerhalb des Processes, so müßte sie, selbst wenn sie ein unmittelbares Interesse an demselben hätte, zum Zeugniß unter denselben Voraussetzungen zugelassen werden, unter denen auf den Erfüllungseid des A. erkannt werden müßte. (§. 140 lit. d a. G. O.) Jetzt, da B. Streitgenosse ist, kann er den Erfüllungseid mit voller Wirkung für sich selbst ablegen. Will man aber nicht anerkennen, daß der Parteieneid eines Streitgenossen dem anderen zu statten kommen könne, so verliert A. das Zeugniß des B., weil dieser Partei im Proceß ist und kann sich dessen Erfüllungseid nicht zu Nutze machen, weil er doch wieder nicht Partei im Processe ist, soweit nämlich die Rechtssache nicht die seine, sondern die des A. ist.

Das Resultat ist offenbar absurd; denn es würde aus dem Satze, daß Niemand Zeuge in eigener Sache sein könne, die Folgerung gezo-

gen: daß man in einer Rechtssache, in die man als Streitgenosse verwickelt ist, zwar unter Umständen zu seinem eigenen Vortheil, niemals aber zu dem der eigenen Streitgenossen ein Zeugniß ablegen könne. Man braucht nur noch hinzuzufügen, daß es in der Regel vom Kläger abhängt, ob er mehrere aus demselben Rechtsgrunde Belangte gemeinschaftlich oder abgesondert klagen will, und desgleichen von mehreren Klägern, ob sie sich zu gemeinsamer Klageführung verbinden wollen, während in beiden Punkten die Geklagten von der Gegenseite abhängig sind, daß es also vom Zufall der Parteistellung abhängt, ob man sich das Zeugniß eines Streitgenossen aufsparen oder es dem Gegner entziehen kann.

Hieraus ergibt sich, daß, so weit der Parteieneid eines Streitgenossen die Stelle eines Zeugnisses vertritt, es auch den anderen Streitgenossen gestattet sein müsse, dieses Surrogat des Zeugnisses für sich zu benützen.

Suchen wir nun dieses Ergebniß auf den Haupteid anzuwenden, so macht das, so weit der zurückgeschobene Eid, der Eid des Deferenten, in Betracht kommt, keine Schwierigkeiten, denn der Eid des Deferenten ist, wenn auch nicht ganz dem Zeugniß gleichgestellt, doch ein Eid des Wissens und eben darum schenkt ihm der Richter Glauben. Sonach können mehrere Streitgenossen sich zur Zuschiebung des Haupteides in der Weise verbinden, daß sie sogleich Einen aus ihrer Mitte bezeichnen, welcher im Rückschiebungsfalle den Eid ablegen werde. Dies ist wohl auch vom Standpunkte unserer Praxis ganz unbestritten. (Gestattet man ja dem einzelnen Deferenten mit wenig betonter Einschränkung die Ablegung des zurückgeschobenen Eides durch einen Vertretungsleister anzubieten! In diesem Sinne spricht sich nicht blos Nippel [13]) aus, sondern der k. k. oberste Gerichtshof setzt diesen Satz in seiner Entscheidung vom 25. October 1860 (Glaser-Unger-Walther Nr. 1215) als ganz ausgemacht voraus und benützt ihn so zur Beantwortung einer weiteren Frage, die wir sogleich erörtern müssen.

Jener Entscheidung lag nämlich ein Fall zu Grunde, in welchem fünf Streitgenossen den Eid als rückschiebbar aufgetragen hatten. Erst als auf diesen Eid erkannt und derselbe zurückgeschoben war, traten sie den Eid mit der Erklärung an, daß nur eine von ihnen, die A.,

---

[13]) Gerichtsordnung I. S. 512.

ihn ablegen werde. Die Zulassung dieser Eidesantretung motivirt der oberste Gerichtshof folgendermaßen: „Nach Inhalt des aufgetragenen Haupteides hätten zwar alle Kläger Kenntniß von den diesfälligen Thatumständen; dies sei jedoch nicht wahrscheinlich, da schwerlich alle fünf bei den betreffenden Thatumständen zugegen gewesen seien; es genüge daher, wenn auch nur einer von ihnen den Eid ablegt, zumal gewiß auf den Eid der A. allein im Rückschiebungsfall erkannt worden sein würde, wenn in der Verhandlung nur sie dazu sich erboten haben würde."

So richtig das letztere ist, so wenig möchten wir der daraus abgeleiteten Folgerung beitreten. Es ist für den Delaten und die ihm obliegende Wahl zwischen Ablegung und Zurückschiebung des Eides nicht gleichgiltig, welche Person den zurückgeschobenen Eid schwören soll; es kann daher nicht zuläßig sein, ihn darüber im Unklaren zu halten, während die Deferenten vollkommen in der Lage sein müssen, sich darüber im Processe aussprechen zu können. Haben sie sich also sämmtlich zur Ablegung des zurückgeschobenen Eides erboten, so können diejenigen, welche sodann nicht schwören, sich nicht nachträglich auf das von ihnen in der Verhandlung nicht angerufene Zeugniß der Uebrigen stützen. —

Fassen wir nun die Stellung einer Mehrheit von Delaten in's Auge, so sehen wir hier noch von dem Falle ab, wo einige den Eid zurückschieben, andere ihn antreten und unter diesen wieder einige den angetretenen Eid nicht ablegen; wir haben hier nur die Frage zu erörtern, ob es zuläßig sei, daß die Delaten einverständlich den Eid in der Weise annehmen, daß sie Einen aus ihrer Mitte bezeichnen, welcher den Eid mit Wirkung für alle ablegen solle.

Hier wird nun allerdings nöthig, die im ersten Theil dieses Aufsatzes erörterte Bedeutung des vom Delaten, also der Regel nach mit dem Beisatz: „meines Wissens und Erinnerns," abzulegenden Eides in's Auge zu fassen.

Geht man davon aus, daß der Delat eidlich die Unwahrheit des Beweissatzes, wenn auch nur mit einem juramentum credulitatis zu betheuern habe, so kommen die Voraussetzungen der Zuläßigkeit der Auftragung in Betracht. Die in der Praxis hie und da vertretene Ansicht, daß der Deferent ein Recht auf einen solchen Eid habe, ohne erst darzuthun, daß dem Delaten der wahre Sachverhalt bekannt sein müsse oder auch nur bekannt sein könne, führt, unhaltbar wie sie an sich ist, bei einer Mehrheit von Delaten zu Consequenzen, die Niemand wird

vertreten wollen. Der Eid des Delaten beweist an sich nicht, weil er ja schließlich doch nur ein juramentum credulitatis sein muß; es kann somit vorkommen, daß einzelne der Delaten diesen Eid zu schwören in der Lage sind, andere aber ihn zurückschieben müssen, worauf dann der Deferent zum Eide zugelassen werden müßte. Damit wäre erst recht ausgesprochen, daß man einem gewissenlosen Gegner gegenüber wehrlos sei, sobald dieser es nur versteht, seinen Anspruch auf eine dem Gegner unbekannte Thatsache zu stützen.

Diejenigen, welche zwar an den Eid des Delaten dieselben strengen Anforderungen stellen, dagegen aber auch die Eidesauftragung nur Solchen gegenüber gestatten, hinsichtlich welcher der Deferent nachzuweisen vermag, daß sie von der Sache Kenntniß haben, werden zu einer sicheren aber kaum befriedigenden Entscheidung gelangen. Die Zurückschiebung dieses Eides ist noch kein Beweis, da ja erst der Eid des Deferenten hinzutreten muß; es ist also nicht daran zu denken, daß dieselbe Streitgenossen präjudiciren könnte, deren Recht von dem des Zurückschiebenden ganz unabhängig ist. Die Gegner des Deferenten zerfallen also in zwei Classen. Die eine umfaßt Jene, welchen der Eid nicht aufgetragen werden kann, weil sie von der Sache keine Kenntniß haben, diesen gegenüber verliert er seinen Proceß unbedingt. Die andere umfasse Jene, welche von der Sache Kenntniß haben; wenn nun diese eben darum nicht zu schwören vermögen, so müssen sie den Eid zurückschieben und ihnen gegenüber macht dann der Eid des Deferenten Beweis. Ist aber die Streitsache eine untheilbare, so wäre es einestheils sehr hart, wenn der Deferent um dieser Untheilbarkeit willen den Proceß ganz verlieren müßte; andererseits ist nicht recht abzusehen, wie Streitgenossen, denen der Haupteid gar nicht aufgetragen werden durfte, wegen des Ausfalles dieses Haupteides ihres Rechtes verlustig werden können.

Am einfachsten gestaltet sich die Sache auch hier, wenn man sich an jene Auffassung des vom Delaten zu schwörenden Eides hält, welche davon ausgeht, daß durch diesen Eid nicht beweisen, sondern nur die vom Deferenten unternommene Beweisführung vereitelt, ein negatives Zeugniß, das der Deferent angerufen hat, ihm verweigert wird, mit einem Wort, wenn man den Eid des Delaten so versteht, wie er nach §. 409 des Entwurfes der deutschen Civilproceßordnung in dem Fall zu lauten hat, wo der Gegner des Beweispflichtigen nicht über seine

eigenen Handlungen schwören soll: „daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung nicht erlangt habe“ u. s. w. Es ist klar, daß die Ablegung dieses Eides durch einen der Delaten nichts beweise [14]) und denjenigen, die ihn nicht abgelegt haben, keinen Grund geben könne, sich der Ablegung des vom Deferenten angebotenen Zeugnisses in eigener Sache zu widersetzen. Eben so wenig kann man aber dem Deferenten ein Recht einräumen, denjenigen, welche sich zur Ablegung erbieten, die Berufung auf die von anderen Streitgenossen erfolgte Zurückschiebung entgegenzusetzen und zu verlangen, daß sein Eid auch wider diese beweise. Würde man einer solchen Forderung nachgeben, so machte man das selbstständige Recht eines Streitgenossen von dem Benehmen eines anderen abhängig; man würde ihm Rechte absprechen, die ihm nicht verloren gehen könnten, wenn er allein im Processe stünde; man würde sich der Gefahr aussetzen, das was der Eine vielleicht nur aus Bequemlichkeit, vielleicht sogar infolge eines unredlichen Einverständnisses mit dem Gegner stillschweigend zugesteht, gegen die Anderen entscheiden zu lassen, während das ausdrückliche Eingeständniß nichts gegen sie beweisen würde. So lange also eine abgesonderte Entscheidung hinsichtlich jedes Einzelnen der Delaten ergehen kann, wird ihr das individuelle Ergebniß der Auftragung, Zurückschiebung oder Ablegung des Haupteides zu Grunde gelegt werden müssen. Wenn aber eine solche abgesonderte Entscheidung nicht möglich ist, wenn die Sache so steht, daß alle Delaten siegen oder alle sachfällig werden müssen, ändert sich freilich das Verhältniß. Hier hat man nur die Wahl: den Deferenten zum Eide zuzulassen, wenn auch nur einer der Delaten ihn verweigert oder ihn davon schon durch den Eid eines derselben ausschließen zu lassen. Das letztere wäre aber unrichtig; denn der Eid des Delaten begründet nicht einmal eine Vermuthung, daß der Beweissatz unwahr sei. Dagegen beruht die Nichtablegung desselben der Regel nach doch darauf, daß dem Delaten Thatsachen bekannt seien, welche ihm die eidliche Bestreitung des Beweissatzes unmöglich machen; ist dies auch nur bei einem der Delaten der Fall, so kann man nicht verkennen, daß dies

---

[14]) Anders würde sich die Sache allerdings dann stellen, wenn der Delat das Nichtsein der Thatsache beschwören würde, wie im §. 409, Absatz 1 des Entw. der deutsch. C. P. O. vorgeschrieben ist; hier wäre ein Zeugniß in eigener Sache abgelegt, das auch den anderen Streitgenossen zu statten kommen sollte, was aber nach diesem Entwurf im Allgemeinen nicht stattfindet.

eine Vermuthung für den Deferenten begründe [15]), welche es gestattet, ihn zum Zeugniß in eigener Sache zuzulassen. Man kann die Sache auch so fassen: Der Deferent hat ein Recht darauf, zum Eide zugelassen zu werden, wenn der Delat von der ihm gebotenen Möglichkeit, die Sache durch seinen eigenen Eid zu erledigen, nicht Gebrauch macht. Die Annahme und Ablegung des Eides auf Seite des Delaten ist also eine Voraussetzung dafür, daß der Deferent vom Eide ausgeschlossen bleibt, etwas, was also die Gegenseite vollständig zu Stande bringen muß, wenn sie obsiegen soll, und was durch eine partielle Ableistung des Eides nicht erfüllt wird.

II. Dem Einfluß des materiellen Rechtes mußte schon im Vorstehenden Rechnung getragen werden, eben weil der Haupteid kein natürliches, sondern ein künstliches Beweismittel ist, weil, wo er den Proceß entscheidet, die natürlichen Ueberzeugungsgründe, welche sich dem Richter darbieten, durch die Vertheilung der Beweislast und das Dispositionsrecht der Parteien theils verdrängt, theils verstärkt werden. Gerade darum muß Werth darauf gelegt werden, daß auch beim Haupteid der Regel nach die Sache jedes Streitgenossen ganz so beurtheilt werden müsse, als stünde er allein im Proceß und als wären eben nur jene Zwischenfälle hinsichtlich des Haupteides eingetreten, die ihn betreffen. Nunmehr wird aber zu untersuchen sein, ob nicht Verhältnisse eintreten, bei welchen die Regeln des materiellen Rechtes es mit sich bringen, daß das Gelingen oder Mißlingen des Beweises durch Haupteid hinsichtlich eines Streitgenossen auch das Schicksal der anderen entscheidet. Es ist klar, daß dies nur Ausnahmsfälle sein können; genau genommen handelt es sich um zwei für unsere Untersuchung allerdings sehr wichtige Fälle:

1. Es kann sich um eine Thatsache handeln, welche, obgleich zunächst nur für oder gegen einen der Streitgenossen realisirt, die Sache hinsichtlich Aller entscheidet, weil das durch das Eintreten jener Thatsache begründete Rechtsverhältniß für alle Geltung hat. Wenn Cedent und Cessionar, Bürge und Hauptschuldner, wenn mehrere Firmaführer desselben Handelsgeschäftes, mehrere zu selbstständigem Handeln berechtigte Vertreter desselben Vermögens als Streitgenossen erscheinen,

---

[15]) Mit Recht bestimmt Art. 306 des bairischen Entwurfes, daß das Geständniß eines Streitgenossen gegen die anderen eine Vermuthung begründe, deren Stärke nach den Umständen zu beurtheilen ist.

kann dies leicht vorkommen. Es handelt sich hier gar nicht darum, daß alle Streitgenossen beweisen oder überwiesen werden sollen, sondern darum, daß sie die von einem oder wider einen aus ihnen erwiesene Thatsache alle für sich anrufen können oder alle wider sich gelten lassen müssen. Hier ist für den Haupteid gar nichts besonderes in Anspruch zu nehmen; es gilt dasselbe hinsichtlich aller Beweismittel, selbst des Geständnisses. Wenn der Schuldner in einer Klage Cedenten und Cessionar auf Ungiltigerklärung der Forderung belangt, oder wenn er, vom Cessionar unter Vertretungsleistung des Cedenten belangt, die Einrede der Zahlung erhebt, wird es meistens genügen, wenn er die die Ungiltigkeit oder die Erlöschung der Forderung begründenden Thatsachen dem Cedenten gegenüber darthut; müßte sich ja der Cessionar auch ein gegen jenen allein ergangenes Urtheil, ein von ihm allein ausgestelltes Schriftstück entgegenstellen lassen! Und so in den anderen früher erwähnten Fällen.

Hieher gehört aber auch jenes Verhältniß, für welches in der Lehre vom Haupteide immer eine Ausnahmsstellung in Anspruch genommen wurde; die Correalität. So viel nämlich ist, wie weit auch im Uebrigen die Ansichten über dieses Verhältniß und seine rechtliche Natur auseinandergehen, unbestritten, daß vermöge desselben die gemeinsame Forderung durch gewisse Handlungen eines der Berechtigten, die gemeinsame Schuld durch Handlungen eines der Verpflichteten mit Wirkung für die anderen Correalgläubiger im ersten, für die anderen Correalschuldner im zweiten Fall aufgehoben werden könne. Handelt es sich nun um den Nachweis solcher Handlungen, so genügt es, daß der Beweis dem betreffenden Correalgläubiger gegenüber oder für den betreffenden Correalschuldner erbracht sei, um die Sache auch für dessen Streitgenossen zum Austrag zu bringen. Das ist ganz unzweifelhaft der Fall hinsichtlich der Zahlung, welche einer der Gesammtgläubiger empfangen, einer der Gesammtschuldner geleistet hat. Dasselbe gilt von anderen Ereignissen, welche vollständiger Befriedigung des Gläubigers oder eines der Gesammtgläubiger gleich zu achten sind: Schulderlaß, Novation. Gleichviel, ob auch noch andere Personen als jene, zwischen welchen das Ereigniß sich zutrug, am Processe Theil nehmen oder nicht, die Feststellung desselben wird für alle maßgebend werden. Es wird also auch bei gemeinschaftlicher Proceßführung nur auf den Haupteid des einzelnen dadurch berührten Streitgenossen ankommen. Fragen wir

nun, ob ein zwischen einem der mehreren Gläubiger und dem gemeinschaftlichen Schuldner oder einem der Schuldner und dem gemeinschaftlichen Gläubiger ergangenes Urtheil auf die anderen zurückwirke oder nicht, so wird dies zunächst wohl davon abhängen, ob es auf individuellen oder das objective Schuldverhältniß betreffenden Gründen beruht. In letzterem Falle wird das Urtheil, wodurch die Schuld als nicht bestehend erklärt wird, wohl gegen jede Klage eines anderen Gläubigers oder desselben Gläubigers wider einen anderen Schuldner Schutz gewähren. Dagegen wird es nicht zulässig sein, daß das von einem Gläubiger oder wider einen Schuldner erwirkte verurtheilende Erkenntniß von einem anderen Gläubiger oder wider einen anderen Schuldner benützt werde [16]). Damit sind aber auch die Grenzen bezeichnet, innerhalb deren, zumal im modernen Recht, welches den Haupteid als Beweismittel behandelt, das Schicksal eines der durch Correalität verbundenen Streitgenossen von dem Resultat des einem anderen aufgetragenen Haupteides bestimmt werden kann. — Zunächst zeigt sich nämlich, daß das Obsiegen eines Gläubigers, das Unterliegen eines Schuldners, sofern nicht der Bestand des ganzen Schuldverhältnisses von einer individuellen Handlung dieses einen Streitgenossen abhängt, an sich noch nicht den Sieg oder die Sachfälligkeit der übrigen mit sich führen könne. Allein man muß, wenn alle Correalgläubiger oder Schuldner in demselben Proceß auftreten, noch weiter gehen. Muß man gelten lassen, daß der einzelne Gläubiger oder Schuldner durch sein isolirtes Handeln die Obligation mit Wirkung für seine Genossen aufhebe und daß (in den früher bezeichneten Grenzen) der Ausgang des Processes, den er allein führt, auch für die anderen maßgebend sei, so folgt daraus noch nicht, daß da, wo die Correalgläubiger oder Schuldner gemeinsam auftreten, das Benehmen des Einen für sich allein Geltung habe, ohne daß zugleich das der anderen berücksichtiget wird. Wenn A. und B. Correalgläubiger sind, und A. allein klagt die Forderung ein, so kommt es allerdings nur darauf an, ob er den ihm über eine Einrede aufgetragenen Haupteid schwört oder zurückschiebt, und je nachdem für ihn der Haupteid ausfällt, ist auch über das Recht des B. entschieden, sofern nach Obigem das ergehende Urtheil auch auf diesen wirkt; es beruht dies auf der vermutheten gegenseitigen Vertretung

[16]) Arndt's Pandecten §. 213; v. Savigny, Obligationenrecht I. 180, 197.

der durch Correalität mit einander Verbundenen. Wenn dagegen von einer gegenseitigen Vertretung keine Rede sein kann, weil A. und B. beide am Proceß Theil nehmen und beide Erklärungen abgeben; wenn z. B. A. den Eid ablegen, B. ihm zurückschieben will, so ist an sich kein Grund vorhanden, den einen dem Willen des andern unterzuordnen oder dem Gegner zuzumuthen, sich die ihm nachtheiligere Erklärung des Einen gefallen zu lassen, als wäre die des anderen gar nicht vorhanden. Bringt es dann die Correalität mit sich, daß das Urtheil für alle Streitgenossen dasselbe sein müsse — wann und ob dies der Fall sei, kann hier nicht erörtert werden — so wird der Fall allen andern gleichgestellt werden müssen, wo dieses nunmehr noch zu erörternde Verhältniß eintritt.

2. Es kann nämlich auch sonst die Natur der Sache es mit sich bringen, daß das Urtheil, welches ergeht, entweder für oder gegen alle auf derselben Seite stehende Streitgenossen ausfallen muß; daß die Streitsache[17]) eine untheilbare ist. Wie schon angedeutet, gehört diese Frage dem materiellen Rechte an. Wäre der processualische Gesichtspunkt entscheidend, so würde man sehr geneigt sein, die Zahl der Fälle solcher untheilbarer Streitsachen zu vermehren: man würde es gern vermeiden, daß der Richter in die Lage komme, dieselbe Thatsache in demselben Urtheil als vorhanden gegenüber dem Einen und als nicht vorhanden gegenüber der Andern betrachten zu müssen. Allein der Gesichtspunkt des materiellen Rechtes ist hier der entscheidende, und der Wille der Parteien kann durch das Geständniß oder es kann auch der Zufall den Richter jeden Tag in diese Lage versetzen, und so lange es irgend möglich ist, wird er die Sache für jeden Streitgenossen abgesondert entscheiden müssen. Doch gibt es Fälle, in welchen die Untheilbarkeit der Streitsache unbedingt den Ausschlag gibt. Ein solcher Fall liegt jedesmal dann vor, wenn der Streit eine Prädialservitut betrifft, da hier das Urtheil absurd wäre, wenn es gegenüber einzelnen der Miteigenthümer des herrschenden oder dienenden Grundstückes anders ausfiele, als bezüglich der anderen. Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn es sich um Recht oder Verbindlichkeit einer durch Mehrere vertretenen Vermögenseinheit

[17]) Ich bediene mich mit Vorbedacht dieses Ausdruckes, statt vom Streitgegenstand zu sprechen; denn die Untheilbarkeit des letzteren (§. 890 a. b. G. B.) muß nicht hindern, daß einer der Schuldner verurtheilt wird, das Ganze zu leisten, während ein anderer freigesprochen wird.

handelt, gleichviel ob die Proceßführenden an derselben ein selbstständiges Recht haben, oder nur ein fremdes Recht wahren; hieher gehören Rechtssachen von Handlungsgesellschaften, solche, wo mehrere Vormünder, Curatoren u. s. w. neben einander wirken; vor allem aber gehört hieher der Fall, wo eine noch nicht eingeantwortete Verlassenschaft klagt oder geklagt wird, und dabei von den einstweilen in Besitz und Verwaltung der Erbschaft getretenen Erben vertreten wird, welche inzwischen „sich doch nur in der Stellung eines Verlassenschaftscurators befinden" [18]).

Ueberall nun, wo die Sache so steht, daß die Entscheidnng eine für oder gegen alle Streitgenossen gemeinsame sein muß, da tritt die Beweisfrage, wie sie früher erörtert wurde, in ihr volles Recht. Wenn in einem solchen Falle den Streitgenossen gegenüber ein Beweis durch Auftragung des Haupteides zu führen ist, dann entsteht die Frage: Kann man sagen, daß der Deferent seinen Beweis verloren habe, wenn einzelne der Delaten den Haupteid mit dem Beisatze „meines Wissens und Erinnerns" ablegen, andere ihn zurückschieben? Diese Frage muß entschieden verneint werden; denn während der Umstand, daß einzelne der Delaten den Eid schwören können, gar nichts gegen den Deferenten beweist, entsteht aus dem Umstande, daß auch nur einer ihn nicht zu schwören vermag, schon eine Vermuthung für die Richtigkeit der Behauptung des Deferenten [19]).

Fassen wir zusammen, was die vorstehende Untersuchung ergibt, so haben wir zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

I. Fälle, wo die Entscheidung für jeden der Streitgenossen anders ausfallen kann. Hier ist in der Regel jeder Streitgenosse so zu behandeln, als wäre nur ihm oder nur von ihm der Haupteid aufgetragen worden. Jedoch gelten folgende (scheinbare) Ausnahmen:

1. Mehrere Streitgenossen können den Haupteid in der Art auftragen, daß gleichzeitig Einer aus ihnen namhaft gemacht wird, welcher den zurückgeschobenen Eid ablegen werde.

2. Der Beweis einer durch die individuelle Handlung eines Streitgenossen gesetzten rechtserzeugenden (oder Rechte aufhebenden) Thatsache wird, wenn auch nur von diesem einen Streitgenossen oder ihm gegenüber erbracht, das Proceßschicksal der übrigen entscheiden können. Natür-

---

[18]) Unger, Erbrecht §. 40, S. 166, 167.

[19]) Koch's Entw. der Civilproceßordnung für den preuß. Staat. S. 185.

lich wird dies auch dann gelten, wenn das Beweismittel des Haupteides in Anwendung kommt.

II. Fälle, in welchen die Entscheidung für alle auf derselben Seite stehende Streitgenossen dieselbe sein muß. Hier wird bei einer Mehrheit von Deferenten das oben unter I. 1 Gesagte ebenfalls gelten. Bei einer Mehrheit von Delaten aber wird der Deferent nur dann sachfällig, wenn alle Delaten geschworen haben, sofern er nicht einzelnen den Eid erläßt. Treten nur einzelne den Eid an, oder legen einige derselben den angetretenen, von anderen aber zurückgeschobenen Eid nicht ab, so muß der Deferent zum Eide zugelassen werden. Treten alle Delaten den Eid an und unterläßt einer, ihn abzulegen, so ist der (nicht mehr rückschiebbare) Eid für nicht abgelegt zu halten.

Kann man nun das Resultat, das auf diese Weise erlangt ist, ein praktisch befriedigendes nennen? Man wird nicht verkennen, daß selbst bei ganz consequenter Handhabung dieser Grundsätze noch mancherlei Uebelstände übrig bleiben, während diese Handhabung selbst durch das fortwährende Herübergreifen von Fragen des materiellen Rechtes und mancherlei dadurch herbeigeführte; vom Standpunkt des natürlichen Beweises angesehen, ungerechtfertigte, künstliche Destinctionen sehr erschwert wird. Der Hauptübelstand aber liegt darin, daß die Benützung des zur Verfügung stehenden Beweismaterials ohne genügenden inneren Grund wesentlich erschwert oder doch dem Zufall preisgegeben wird. Nehme man an, daß der Streitgenosse der im Rückschiebungsfalle den Haupteid für alle ablegen soll, dazu zu bequem ist, daß er sich durch übertriebene Gewissensscrupel, durch Einschüchterungsversuche des Gegners oder gar durch Gewährung von Vortheilen davon abhalten läßt. In einem solchen Falle sind die Streitgenossen, denen er sein Zeugniß weigert, wehrlos. — Dagegen kann unter den Delaten mehr als einer sein, der über den Streitgegenstand aus eigenem Wissen vollständige und befriedigende Auskunft zu geben vermag; allein da er nur mit dem Beisatz des Wissens und Erinnerns und jedenfalls nur als Delat schwört, kommt sein Eid den Streitgenossen nicht zu statten, wenn diese nicht selbst schwören können. Ja es kann vorkommen, daß mehrere Delaten, welche den Eid

abzulegen bereit waren, blos weil *ein* Streitgenosse nicht zu schwören vermag, es sich gefallen lassen müssen, daß der Deferent durch seinen Eid die Sache allein entscheidet. Es kann endlich vorkommen, daß in derselben Rechtssache (thatsächlich) entgegengesetzte Eide geschworen werden und daß der Richter beide gelten lassen muß, da er nicht die Glaubwürdigkeit der Personen oder die aus der Beschaffenheit der Aussage sich ergebenden Anhaltspunkte zur Kritik derselben berücksichtigen darf, sondern einzig auf die Stellung sehen muß, welche die Schwörenden auf dem Schachbrett des Processes einnehmen.

Alles dies waren *unabwendbare* Uebelstände, so lange man eine geschlossene, den Richter positiv bindende gesetzliche Beweistheorie für unentbehrlich hielt. Steht man aber im Begriffe, diese der *freien richterlichen Beweiswürdigung* zu opfern, so muß man sich wirklich fragen, ob es nicht die Nachtheile zweier entgegengesetzten Systeme verbinden hieße, wenn der alte Parteieneid und zumal der Haupteid in eine neue Proceßordnung überginge, die vielleicht gleich der jetzt bei uns geltenden weit über das längste Menschenalter hinaus der Revision harren wird? Wie einfach und befriedigend lösen sich dagegen alle diese verwickelten Verhältnisse, wenn an die Stelle des Haupteides die Zeugenaussage der Parteien tritt in der Weise, wie sie die englische Parlamensacte St. 14 et 15 Vict. c. 99, sect. 2, regelt [20]; so nämlich, daß jede Partei in eigener Sache für sich selbst Zeugniß (mündlich oder protokollarisch) ablegen, aber auch vom Gegner zum Zeugniß aufgerufen werden kann, unbeschadet des Rechtes des Richters (der Jury), den Werth der Zeugenaussage abzuwägen. Hat auf diese Weise eine Partei etwas aus eigenem Wissen angegeben und that sie dies in einer Weise, welche den Richter von ihrer Glaubwürdigkeit überzeugt, so wird dies, eben weil sie *Zeuge* ist, auch den anderen Streitgenossen zu statten kommen; sie kann ihnen aber diesen Vortheil auch nicht willkürlich entziehen, eben weil sie ihr Zeugniß nicht willkürlich verweigern kann. Noch weniger aber kann es geschehen, daß das Nichtwissen oder das absichtliche

---

[20]) So glänzend hat sich diese übrigens schon 1843 angebahnte Reform bewährt, daß in der gegenwärtigen Parlamentssession von der Regierung sogar der Versuch gemacht wurde, die einzigen Ausnahmen, welche das erwähnte Gesetz für den Bereich der Civilgerichtsbarkeit machte, zu beseitigen. — Auch das im *französischen* Recht bei Abnahme des Parteieneides beobachtete Verfahren nähert sich sehr der Entgegennahme eines Zeugnisses. (*Bomhard*, die Civilrechtspflege *in* der bairischen Pfalz [München 1861], S. 44—49.) Daß das *preußische* Verfahren beim Haupteid mitunter auf Zeugenbeweis hinauslaufe, hat sich oben gezeigt.

Schweigen eines Streitgenossen die anderen dem Gegner wehrlos ausliefert. — Nicht minder erledigen sich so alle jene künstlich heraufbeschwornen Schwierigkeiten, welche entstehen, wenn auf der einen Seite ein im fremden Namen Proceß Führender oder eine juristische Person steht. Sobald man den Zeugenbeweis an die Stelle des Haupteides setzt, sind aus diesen verwickelten Rechtsfragen [21]) einfache Thatfragen geworden.

---

[21]) Beispielsweise sei nur der Fall hervorgehoben, wo Jemand gegen eine Verlassenschaft Proceß führt. In Nr. 99 G. Z. v. 1864 ist eines Rechtsstreites erwähnt, welcher gegen eine noch nicht angetretene Verlassenschaft erhoben wurde. In der Klage wurden die nöthigen Haupteide „der Verlassenschaft" aufgetragen. Die Replik trug dem Umstande Rechnung, daß inzwischen collidirende Erbserklärungen eingebracht waren, und schob den Haupteid sämmtlichen Erbsinteressenten zu. Die zweite Instanz erklärte den Haupteid für unzulässig: dem Curator der Verlassenschaft könne kein Haupteid über fremde Handlungen aufgetragen werden; die Personen aber, deren Erbansprüche noch nicht ausgetragen seien, seien nicht Parteien im Proceß und könnten es auch nicht sein. Dagegen erkannten die erste und dritte Instanz auf den Haupteid der Verlassenschaft. Die Entscheidung ward dahin erläutert, es sei Sache des Curators, die Erben zu befragen, ob sie den Eid annehmen oder zurückschieben wollten, und demgemäß seine Erklärung abzugeben. (Entsch. v. 14. Sept. 1864, Nr. 6758.)

E.

Die Lehre vom Haupteid im Entwurfe der Civilproceß-ordnung.

(Allgem. österr. G. Z. Jahrg. 1867, Nr. 15–22.)

Die Studien über den Haupteid, welche ich vor längerer Zeit den Lesern dieser Blätter vorlegte, gingen hauptsächlich von der Betrachtung der österreichischen Praxis, wie sie sich in der Rechtsprechung des k. k. obersten Gerichtshofes spiegelt, aus; sie hatten aber doch zugleich die Arbeiten der Civilproceßcommission in Hannover berücksichtigt, und eben der Umstand, daß diese Berathungen ihrem Abschlusse nahten und daß die unbedingte und vollständige Annahme des Ergebnisses derselben in Oesterreich ebenso wünschenswerth als unvermeidlich schien, bestimmte mich, von der weiteren Begründung meiner abweichenden Vorschläge abzustehen. Gegenwärtig hat sich die Sachlage in so ferne verändert, als der öffentlichen Beurtheilung ein Entwurf anheimgestellt ist, welcher zwar an den Beschlüssen der Commission in Hannover im Großen und Ganzen festhält, welcher aber doch nicht blos vermöge der in Hannover zu Gunsten der Landesgesetzgebung gemachten Vorbehalte, sondern auch vermöge der uns durch die Umstände aufgedrängten größeren Freiheit des Handelns viel Neues und Selbstständiges enthält, und welcher, da er Gegenstand mannigfacher Berathungen geworden ist, gewiß auch noch vielfache Abänderungen erfahren wird.

Unter diesen Umständen halte ich es für Pflicht, auf die Besprechung desjenigen Gegenstandes zurückzukommen, welcher mir für die Gestaltung des künftigen Civilprocesses geradezu als der wichtigste erscheint. Drei Dinge nämlich kann man als das letzte Ziel jeder Civilproceßordnung bezeichnen: Beschleunigung des Verfahrens,

Verminderung der Kosten und Sicherung einer der Wahrheit möglichst nahe kommenden Feststellung des Sachverhalts. Die beiden ersten sind durch die zweckmäßige Gestaltung und Einreihung des Beweisverfahrens mittelbar bedingt, während das dritte geradezu nur davon abhängt. Ein einfaches und natürliches Beweissystem, ausgebildet im Einklang mit der geschichtlichen Entwicklung, welche im Civil- und Strafproceß gleichmäßig sich nachweisen läßt und zu einer immer größeren Annäherung beider führt, ist die Hauptbedingung dafür, daß die Kluft, welche im Civilproceß zwischen der formellen und der materiellen Wahrheit gähnt, und die freilich nie ganz sich schließen wird, möglichst eingeengt werde.

Freiheit der richterlichen Würdigung des Beweises, Entbindung desselben von jedem irgend zu vermeidenden Formalismus, namentlich aber von all' dem, was dahin drängt, die Thatfrage in eine Rechtsfrage umzusetzen: das sind Forderungen, welchen die geschichtliche Entwicklung auf dem Gebiete des Strafprocesses bereits zu vollem Sieg verholfen, auf dem des Civilprocesses ein weites Gebiet erschlossen hat. Dem weiteren Fortschreiten auf diesem Gebiete stellt sich aber nichts so sehr entgegen als der Haupteid mit den zahllosen Controversen und Verwicklungen, die er mit sich bringt, mit den zahllosen Uebelständen, die er im Gefolge hat und die darin gipfeln, daß eben durch den Haupteid das Schicksal des Processes statt von der einleuchtenden Wahrheit der Behauptungen, von Zufälligkeiten mancher Art, von technischen Complicationen, wenn nicht gar von schlauen Berechnungen der Parteien abhängig gemacht wird.

Es wird daher nothwendig sein, zu untersuchen, ob es dem neuen Entwurfe etwa gelungen sei, den Haupteid von all' dem, was ihn in so hohem Grade bedenklich macht, zu reinigen und ihn als ein durchaus geläutertes Beweismittel in den neuen Proceß einzuführen?

I. Vor Allem drängt sich die Bemerkung auf, daß nicht einmal das theoretische Fundament der neuen Lehre vom geschichtlichen Schutte ganz gereinigt werden konnte. Seit langer Zeit sucht die Proceßtheorie vergebens den Haupteid von seiner Wurzel loszulösen, ihn von Allem zu befreien, was ihm vermöge der Transaction, auf der er ursprünglich ruhte, noch anhing, und ihn als reines Beweismittel hinzustellen. Nicht einmal dies ist gelungen, weil es eben nicht vollständig gelingen kann. Der Commentator der künftigen Proceßordnung wird anerkennen müs-

sen, daß §. 439 Entw. („Die Eideszuschiebung ist nur in Rechtsstreitigkeiten, welche durch Vergleich erledigt werden können, zulässig“) die Transactionsnatur des Haupteides aufrechterhalten helfe. Ob die Bestimmung überhaupt nöthig sei, ist freilich sehr fraglich; der Entwurf enthält ohnehin Bestimmungen über das Verfahren bei Klagen auf Trennung und Ungiltigerklärung von Ehen der Nichtkatholiken. Es wäre also die Ausschließung des Haupteides in solchen Fällen, wenn das angesichts des §. 99 a. b. G. B. überhaupt nöthig schien, im §. 700 da auszusprechen gewesen, wo verlangt wird, daß die fraglichen Thatumstände „ohne Rücksicht auf das Geständniß oder Uebereinkommen der Ehegatten erwiesen“ werden. Gerade auf Rechtssachen dieser Art paßt übrigens nicht einmal der Wortlaut des §. 439; denn diese Rechtsstreitigkeiten können, soweit es sich nicht um die Beseitigung eines öffentlichen Ehehindernisses handelt, allerdings durch den Vergleich zu Gunsten des Fortbestandes der Ehe erledigt werden. — Außer dem Falle des Eheprocesses aber wird es schwer sein, einen Rechtsstreit sich vorzustellen, welcher an sich — abgesehen von der Frage nach den zur Schließung eines Vergleiches berechtigten Personen — nicht durch Vergleich erledigt werden könnte. — Hat man vielleicht an die Bestreitung der ehelichen Geburt zu denken, einen Rechtsstreit, bei welchem allerdings die Zuläſſigkeit des der Mutter aufgetragenen Haupteides mit Recht bestritten wird? [1]). Allein auch in diesem Falle hat man die Unzulässigkeit des Haupteides nicht aus der Unstatthaftigkeit eines Vergleiches, sondern daraus abgeleitet, daß es nicht zu verantworten und mit der Vorschrift des §. 158 a. b. G. B. nicht in Einklang zu bringen sei, wenn die Mutter in die Lage gebracht wird, durch Verweigerung des angetretenen Haupteides ihrem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt nach Belieben entziehen zu können [2]). — Ohne Zweifel wäre es auch sachlich zutreffender gewesen, auszusprechen, daß die Eideszuschiebung überall da un=

---

[1]) Rizy, der Beweis durch den Haupteid im österreichischen Civilproceß, S. 86. Rippel, zu §. 158 a. b. G. B. Stubenrauch, zu §. 158 a. b. G. B. Nr. 4.

[2]) Bei der Berathung des dem §. 439 österr. Entw. zu Grunde liegenden §. 428 d. Entw. (§. 420 1. Lesung) wurde noch auf die Unzulässigkeit von Vergleichen über künftige Alimente hingewiesen (Prot. S. 2880). An sich unzulässig sind aber solche Vergleiche nach österr. Rechte nicht, wenn sie gleich mitunter nicht als für alle Zukunft bindend anzusehen sind. (Vrgl. die oberstrichterlichen Entscheidungen bei Glaser-Unger-Walther Nr. 867, 889). Jedenfalls aber wird Niemand bei uns daran denken, gerade bei Alimentationsprocessen den Haupteid auszuschließen.

statthaft sei, wo auch ein Geständniß des Proceßgegners von der Beweispflicht nicht entbindet.

Könnte demnach jene Spur der vertragsmäßigen Natur des Haupteides, welche in §. 439 sichtbar ist, auch allenfalls beseitigt werden, so ist doch noch eine andere in den Bestimmungen des §. 447 über den Widerruf der Zuschiebung, Annahme und Zurückschiebung des Haupteides nicht zu verkennen.

Auch hier wäre vielleicht noch der unmittelbar angestrebte Zweck durch eine andere Fassung, welche diese Spur minder deutlich hervortreten ließe, zu erreichen; denn das erste Alinea könnte durch ein „nur" im zweiten ganz entbehrlich gemacht werden. Allein damit wäre der eigentliche Grund, um deßwillen die Rücknahme einer über den Haupteid abgegebenen Erklärung principiell unzuläßig sein soll, nur verdeckt; er liegt schließlich doch nur in der nicht ganz auszutilgenden Vergleichsnatur des Haupteides.

Eben darum wird es am Ort sein, gleich hier die mannigfachen Zweifel zu besprechen, welche diese Bestimmung des §. 447, Abs. 2, erregt. Sie lautet: „In soweit jedoch das nachträgliche Vorbringen neuer Beweismittel zuläßig erscheint, ist auch der Widerruf der Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides gestattet." Zunächst muß man fragen: Ist die Zurücknahme einer über den Eid abgegebenen Erklärung nur dann gestattet, wenn, zuläßigerweise, ein nachträgliches Vorbringen neuer Beweise erfolgt, — oder soll blos das erstere an dieselben Bedingungen, wie letzteres geknüpft sein? Die Annahme, daß ein solcher Rücktritt unabhängig vom Vorbringen neuer Beweise sei, scheint durch die Entstehungsgeschichte des §. 447 ausgeschlossen. Es lautet der analoge §. 431, Abs. 2, des aus der ersten Lesung hervorgegangenen b. Entwurfes: „Wird im Falle des §. 285, Z. 2, von neuen Beweismitteln Gebrauch gemacht, welche nach den Voraussetzungen dieses Paragraphes als zuläßig erscheinen, so ist der Widerruf u. s. w. bis zur Eidesleistung gestattet." (Prot. 2984—2986.) Die angeführte Bestimmung des §. 285, Z. 2, welche dem Beweisführer gestattete, ohne sein Verschulden erst im Laufe der letzten zwei Wochen verwendbar gewordene Beweismittel nachzutragen, wurde später durch die mehr allgemeine Vorschrift des §. 284 b. Entw. (§. 282 österr. Entw.) ersetzt, und lediglich aus diesem Grunde erhielt §. 436, Abs. 2 b. E. (§. 447 b. E.) seine jetzige Fassung (Prot. 5825). Trotzdem muß man wohl

den aus dem jetzigen Wortlaute sich ergebenden entgegengesetzten Sinn als den richtigeren erklären. Geht man nämlich auf die verschiedenen Fälle ein, so zeigt sich, daß die Bestimmung theils gerade unter der Voraussetzung der Vorbringung neuer Beweise überflüssig sei, theils zu derselben gar nicht passe. Was zunächst die Eideszuschiebung betrifft, so versteht es sich von selbst, daß sie durch die Vorbringung anderer Beweise in den Hintergrund tritt (§. 284, Abs. 2). Gelingen dem Beweisführer die letzteren, so ist der zugeschobene Eid von selbst entfallen; mißlingt die Beweisführung, dann hat Probant kein Interesse, die Eideszuschiebung zurückzunehmen; sie kann ihm nur nützlich sein. — Dasselbe ist der Fall, wenn der Delat nach Annahme oder Zurückschiebung des Eides den Gegenbeweis antritt. Auch dazu bedarf es weder des Widerrufes der Erklärung, noch kann sie — beim Mißlingen des Gegenbeweises — dem Probaten etwas nützen. Noch deutlicher zeigt sich die Richtigkeit dieser Annahme, wenn man §. 730 (vgl. §. 588 d. Entw.) berücksichtigt; denn obgleich nach dem System des Entwurfes die bis „zum Schlusse der mündlichen Verhandlung" nicht vorgebrachten Beweise nur für die Instanz verloren gehen (§. 282) und somit durch die Berufung wieder unbeschränkte Freiheit der Beweisführung eintritt (§§. 725 und 731), bleiben die Parteien dennoch auch hier an ihre Erklärungen über die Zuschiebung oder Zurückschiebung (und wohl auch über die Annahme?) des Eides [3]) gebunden [4]).

Man wird also den §. 447, Abs. 2, wohl so verstehen müssen, daß unter den Voraussetzungen, welche §. 282 für die Nachtragung von

---

[3]) Wir müssen hier darauf aufmerksam machen, daß §. 730 es unterlassen habe, der Folgen der in erster Instanz eingetretenen Erlassung oder Verweigerung des Eides zu erwähnen. Man könnte nun allerdings sich vorstellen, daß dem die Absicht zu Grunde lag, die Zurücknahme der Erlassung oder Verweigerung in zweiter Instanz zu gestatten, obgleich dies auffallend genug wäre, da in der Instanz selbst ein solcher Widerruf (mit Unrecht) nicht einmal ausnahmsweise gestattet ist. Allein ein Blick auf §. 588 d. Entw. belehrt darüber, daß dort im Abs. 1 auch der Erlassung und Verweigerung des Eides Erwähnung geschehen war, dieser Absatz aber im österr. Entwurf wegfiel, weil er hauptsächlich den Fall zur Voraussetzung hat, in welchem es in erster Instanz ungeachtet der vorbehaltenen Berufung zur Leistung des Eides kam oder hätte kommen sollen, dieser Fall aber nach dem österr. Entwurf gar nicht eintreten soll.

[4]) Bezeichnend ist für die Unausrottbarkeit der Vergleichsnatur des Haupteides eine Aeußerung, welche in den Berathungen darüber fiel, warum nicht in gleicher Weise des in erster Instanz abgelegten Geständnisses Erwähnung geschehe? Das Geständniß sei ein reiner Dispositionsact, welcher nicht beliebig widerrufen werden könne, während hinsichtlich des Eides deßhalb Zweifel entstehen könnten, weil dieser zugleich die Natur eines Beweismittels habe. (Prot. 3666.)

Beweisen macht, auch der Widerruf der den Eid betreffenden Erklärungen zulässig sei. Diese Voraussetzungen sind freilich so formulirt, daß sie auf solchen Widerruf nur mit Mühe analog angewendet werden können. Man kann die Bestimmung des §. 447 also nur so verstehen, daß der Widerruf zulässig sei, wenn die Partei dafür Gründe geltend machen kann, welche früher selbst zu berücksichtigen, sie ohne ihr Verschulden außer Stande war; z. B. sie entdeckt nach Zurückschiebung des ihr über eine Handlung ihres Rechtsvorgängers zugeschobenen Eides eine Aufzeichnung desselben, welche ihr die letzten Zweifel, die sie noch hegte, zerstreut, und sie nun in die Lage setzt, selbst schwören zu können.

Damit sind wir aber nicht am Ende der Zweifel. Vergleicht man die jetzige Fassung mit der ursprünglichen, so vermißt man bei jener die Worte: „bis zur Eidesleistung." Nun kann zwar vermöge der Natur der Sache, wie nach §. 777, Z. 6, darüber kein Zweifel sein, daß nach der Eidesleistung ein Widerruf nicht mehr wirksam werden könne, und dasselbe wird wohl auch von der Verweigerung des Eides in diesem Stadium gelten. Allein die Frage bleibt ganz offen, ob nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurtheils, aber vor der Eidesleistung, eine Zurücknahme der Annahme oder Zurückschiebung des Eides selbst unter den erörterten Voraussetzungen zulässig sei, eine Frage, die in Oesterreich, zumal durch §. 231 a. G. O., ganz nahe gelegt ist. Man wird die Frage wohl, ungeachtet §. 447 ganz allgemein lautet, verneinen müssen, um der Rechtskraft des Urtheils gerecht zu bleiben.

Alle diese Schwierigkeiten und Bedenken hängen aber gerade mit der Doppelnatur des Haupteides zusammen; und es dürfte nunmehr bewiesen sein, daß diese sich auch im künftigen Civilproceß wirksam zeigen müßte. Doch soll auch noch auf §. 422 hingewiesen sein, wo bestimmt ist, daß das Gericht die zur Eidesleistung berufenen Vertreter „in Ermanglung einer Vereinbarung der Parteien" bestimme. Allerdings ist hier nicht blos vom zugeschobenen Eide die Rede; allein es wird Niemand bestreiten wollen, daß die Bestimmung hauptsächlich für diesen gelte.

II. Was kann Gegenstand der Eidesleistung sein? — Hier haben wir vor Allem den für alle Eide geltenden §. 418 in's Auge zu fassen. Er wiederholt, wie auch bei den Berathungen bemerkt wurde[5]),

[5]) Prot. 2786 ff.

nur eine Regel, welche sich aus der Auffassung des Eides als Beweismittels von selbst ergeben würde, war aber eben darum nothwendig, weil die Geschichte und die Natur des Haupteides eben nicht gestatten, daß er nur unter diesen Gesichtspunkt gebracht werde.

„Gegenstand des Eides sind nur erhebliche, hinreichend bestätigte Thatsachen. Ausnahmen bestimmt dieses Gesetz."

Maßgebend war hier der Grundgedanke, daß der Eid ein Mittel sein solle, dem Richter historische, nicht moralische Gewißheit zu verschaffen, daß es also nur Wahrnehmungen, nicht Schlußfolgerungen, subjective Urtheile des Schwörenden sein dürfen, auf welche der Richter seine Entscheidung gründet; am allerwenigsten aber können die Rechtsanschauungen der Partei Substrat des Urtheils werden. Aus diesen Gründen sollen nicht Gegenstand des Eides sein:

1. Rechtsverhältnisse als solche. Die Vorschrift ist ebenso begründet, als sie mit Rücksicht auf das römische jusjurandum in jure, das eben ein Surrogat des Urtheils war, das Gewissen des Gegners zum Richter in der Sache machte, nothwendig war. Beim Zeugenbeweis ist diese Vorschrift überflüssig und leicht zu handhaben. So oft in der an den Zeugen gerichteten Frage ein Rechtsbegriff enthalten ist, so oft irgend ein Ausdruck das Bedenken erregt, daß der Zeuge, indem er die Frage bejaht oder verneint, nicht blos erzählte, sondern seine rechtliche Beurtheilung des Wahrgenommenen einmischen müßte oder könnte, wird durch eine Reihe von weiteren Fragen die Zurückführung des in der ersten berührten Gegenstandes auf reine Thatfragen vorgenommen werden können. Ja bei der unvermeidlichen Frage nach dem Grunde des Wissens wird sich diese Operation ganz von selbst vollziehen. Anders beim Eid und namentlich beim zugeschobenen Eid, zumal da der österreichische Entwurf, die Annäherung an den Vorgang der französischen Praxis, an die Vorschriften des Genfer Proceßgesetzes verschmähend, bei dem bisher üblichen System stehen bleibt, die eidliche Betheuerung und die Assertion selbst in einer im Urtheil festgestellten und nur auf ausdrückliches Verlangen allenfalls abänderlichen Formel zu verbinden. Es ist unter solchen Umständen in Wahrheit nicht möglich, bei der Fassung der Formel juristisch-technische Ausdrücke zu vermeiden. Das Gericht würde sich einfach lächerlich machen und überdies sehr bald die Grenzen des sprachlich Möglichen erreichen, welches sich zur Aufgabe stellen würde, jeden solchen Ausdruck aus der Formel auszuschließen und

ihn durch Anführung nackter Thatumstände zu ersetzen [6]). Es würde dadurch aber auch die Lage der Parteien sehr verschlimmern; denn je genauer das bedingte Endurtheil die Thatsachen formulirt, von deren Beschwörung oder Abschwörung die Entscheidung abhängt, desto näher liegt die Gefahr, daß eine kleine, einen Nebenumstand betreffende Ungenauigkeit dem Unrecht zum Sieg über das Recht verhelfe [7]).

2. Behauptungen, welche nicht lediglich Wahrnehmungen des Schwörenden, sondern auch die Beurtheilung wahrgenommener Thatsachen enthalten. Der Entwurf deutet schon selbst darauf hin, daß diese Regel Ausnahmen zulasse. In der That enthält der Schätzungseid eine solche Ausnahme, und eine andere [8]), noch viel weiter greifende tritt überall da ein, wo der Delat mit dem Beisatz zu schwören hat, daß er „die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß . . .“ Diese Formel soll das Gericht nur dem Delaten und zwar nur aus wichtigen Gründen, „insbesondere wenn der Eid nicht die eigenen Handlungen und Wahrnehmungen der Partei betrifft,“ gestatten. Allein auch da, wo es sich um die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen frägt, wird sehr oft die subjective Beurtheilung der Thatsachen

---

[6]) Bei den Berathungen wurde als Beispiel dafür, der Eid darüber, „daß der A. dem B. ein Pferd verkauft habe,“ erwähnt. Es sei dabei an eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 10. Februar 1853, G. Z. Nr. 54 erinnert, welche einen des falschen Eides Angeklagten freisprach, weil der Eid, gewisse Waaren „nicht erkauft zu haben,“ nicht als ein Eid über eine Thatfrage angesehen werden konnte.

[7]) Allerdings entscheidet der Entwurf (§. 427) die im bisherigen Rechte streitige Frage, ob den Schwurpflichtigen gestattet werden könne, den Eid nach einer Formel abzuschwören, welche von der richterlich festgesetzten abweicht, in dem Sinn, daß dies unter Umständen zulässig sei. Allein diese Zulassung ist an Bedingungen geknüpft, welche gerade in dem im Text vorausgesetzten Falle nicht eintreffen werden. So wird es nicht gestattet werden können, eine ungenaue Anführung der Worte, welche beim Abschluß des mündlichen Vertrages gebraucht wurden, zu berichtigen, und gerade dann am wenigsten, wenn die wirklich gesprochenen Worte denselben Sinn haben, wie die in der Eidesformel angeführten; denn die neue Formel muß eine beschränktere sein. — Andererseits kann §. 427 dem Gegner des Schwurpflichtigen, welcher zu spät die kleine Ungenauigkeit bemerkt, welche der Gegenpartei gestattet, den Eid zu leisten, gar nichts helfen; denn die Eidesformel kann nur auf Verlangen des Schwurpflichtigen geändert werden. Man wird also wieder zu dem Mittel greifen, das Gewissen des Schwörenden durch das Strafgericht zu schärfen, und Meineidsstrafen eintreten zu lassen, obgleich das Beschworene buchstäblich wahr ist; und doch wird man sich künftig nicht mehr auf die Worte „ohne Gemüthshinterhalt“ in der Eidesformel berufen können!

[8]) Bei den Berathungen ward als Beispiel für die im Paragraph vorbehaltene Ausnahme der im §. 385 der ursprünglichen Vorlage und im §. 390 des Entw. 1. Lesung erwähnte Eid darüber angeführt, daß die nur theilweise vorgelegte Urkunde „noch andere für die Beweisführung nicht erhebliche Stellen“ enthalte.

Gegenstand des Eides sein. Vor Allem sollte man doch nicht übersehen, daß es bei lebhaftester und klarster Erinnerung, nicht die einfache Reproduction einer Wahrnehmung sei, welche vorgebracht wird, wenn man über einen sehr entlegenen Vorfall, zumal über gesprochene Worte oder gar über das Nichtvorkommen einzelner Nebenumstände Bericht erstattet. Es findet hier ein psychologischer Proceß des Sichsammelns, des Sicherinnerns statt, und dieser Proceß ist nicht immer ein ganz einfacher, da dabei nach Stützen und Anhaltspunkten gesucht werden muß, an die das Gedächtniß sich anklammert. Diese Stützen und Anhaltspunkte werden nicht selten erst durch Schlußfolgerungen gewonnen. So z. B. kann es vorkommen, daß Jemand hauptsächlich deshalb sich in der Lage sieht, beschwören zu können, er habe eine bestimmte Aeußerung nicht gemacht, weil bei der in Frage stehenden Unterredung eine dritte Person anwesend war, und weil er Grund hat, anzunehmen, daß die bloße Anwesenheit dieser Person ihm die Aeußerung unmöglich gemacht habe. So kann in einem Paternitätsprocesse der Beklagte die Ueberzeugung, daß er gerade in der kritischen Zeit der Klägerin nicht beigewohnt habe, dadurch gewinnen, daß er sich zu erinnern glaubt, er habe zu jener Zeit in einem anderen Liebesverhältniß gestanden, und es seien die beiden Verhältnisse niemals gleichzeitige gewesen. Schon hier also handelt es sich um die Darlegung des Ergebnisses eines mitunter verwickelten Processes, — eines Processes, den der Zeuge vor dem Richter zu reproduciren verhalten werden kann, während ein Gleiches beim Parteieneid nicht möglich ist.

In anderen Fällen, wo zwar die Thatsachen näher stehen, involvirt die relevante Behauptung doch noch immer eine Beurtheilung. Es ist auch bei Zeugen nicht immer zu vermeiden, daß sie ihr Urtheil über Zustände und dergleichen abgeben, sofern nur zur Beurtheilung dieser Zustände keine besondere Sachkenntniß erforderlich ist. Das Gleiche wird nun auch beim Parteieneid nicht zu vermeiden sein. Man denke z. B. an die Fälle, wo es darauf ankommt, ob eine vom Käufer zurückgewiesene, nicht mehr vorhandene Waare gewisse Eigenschaften hatte — ob eine Dienstleistung der Verabredung gemäß erfolgte — ob eine gewisse Aeußerung erfolgte, deren Wortlaut sich nicht mehr angeben läßt, so daß die Eidesformel nur auf den Sinn, d. h. den subjectiven Eindruck, den die damals gesprochenen Worte hinterließen, gehen kann. In allen diesen Punkten kann unmöglich ernstlich daran gedacht werden,

den Haupteid ganz auszuschließen, weil er, so lange er nicht durch das Zeugniß der Parteien ersetzt ist, eine der Rechtssicherheit nachtheilige Lücke ließe, und weil mit ihm in vielen Fällen das einzig mögliche Beweismittel verloren ginge.

So läßt sich denn nicht verkennen, daß die hier besprochenen Beschränkungen des Eides, obgleich sachlich vollkommen gerechtfertigt, doch theils gar nicht, theils nur sehr schwer zu handhaben sind.

Dagegen werden durch die Bestimmungen der §§. 440 und 441 theils bisherige Controversen abgeschnitten, theils sollen dadurch frivole Eideszuschiebungen verhindert werden. Nach diesen Bestimmungen ist

3. die Eideszuschiebung über Thatsachen, welche das Gericht schon für erwiesen erachtet, unzulässig (§. 440, Z. 1);

4. dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt, auf den Haupteid auch dann nicht zu erkennen, wenn sich nach dem Ergebnisse der bisherigen Beweisführung der Beweissatz als ganz unwahrscheinlich darstellt (§. 441); endlich

5. ist die Eideszuschiebung nicht zuzulassen zur Führung des directen Gegenbeweises (§. 440, Z. 2).

Auch hier aber drängen sich mancherlei Bemerkungen auf. Die soeben unter 3. und 4. bezeichneten Normen stimmen nicht recht überein. Sachlich treffen sie darin zusammen, daß das Gericht in dem Augenblicke der Urtheilsfällung sich zu befragen hätte, ob es durch die bisherige Beweisführung die Ueberzeugung von der Unwahrheit oder doch völligen Unwahrscheinlichkeit des Beweissatzes erlangt habe. Im ersten Falle muß, im zweiten darf es den Eid bei Seite lassen. Diese Unterscheidung wird man aber schwerlich rechtfertigen können, weil hier dem subjectiven Ermessen doch gar zu viel — namentlich auch die Abgrenzung der beiden Fälle — anheimgestellt ist. Denn nach dem System des Entwurfes wird in sehr vielen Fällen, wie es das Wort erachtet schon anzeigt, eben die individuelle Auffassung des Gerichtes dafür maßgebend sein, ob das Gegentheil des Beweissatzes für erwiesen oder nur für sehr wahrscheinlich zu erklären sei. Eben darum läßt es sich nicht rechtfertigen, noch weitere Unterscheidungen zu machen. Geht die Gesetzgebung davon aus, daß die Unwahrscheinlichkeit einer Thatsache ein genügender Grund sei, den Eid auszuschließen, so muß dieser Grund als ein durchschlagender erachtet werden. Will man dabei dem erstrichterlichen Ermessen noch einen weiteren Spielraum gewähren, als welcher schon darin liegt, daß

er über das „ganz unwahrscheinlich“ entscheidet, so muß doch wenigstens der dabei maßgebende Gesichtspunkt angegeben werden, sonst geht das Ermessen in Willkür über. — Es ergeben sich aber noch andere Bedenken aus der Incongruenz der beiden Bestimmungen:

a) §. 441 verlangt, daß eine Beweisführung stattgefunden habe, §. 440, Z. 1, nur, daß das Gericht das Gegentheil des Beweissatzes für erwiesen erachte. Wie steht es nun mit Thatsachen, deren Gegentheil das Gericht für offenkundig erachtet, — oder deren Unwahrscheinlichkeit sich aus Indicien ergibt, hinsichtlich welcher eine Beweisführung deßhalb nicht nöthig war, weil die sie begründenden Thatsachen sämmtlich vom Gegner zugestanden sind? — In Bezug auf §. 440 kann in dieser Hinsicht kein Zweifel obwalten, wenn man auf die Berathungsprotokolle zurückgeht, wenigstens so weit es sich um zugestandene und notorische Thatsachen handelt: denn die im Entwurf erster Lesung (§. 424) enthaltene Erwähnung der Notorietät ward in zweiter Lesung als selbstverständlich gestrichen [9]). Anders hinsichtlich des §. 441, da das Erforderniß einer vorausgegangenen Beweisführung hier ausdrücklich betont ist.

b) §. 440 erklärt die Eideszuschiebung für unzulässig. Das sollte wenigstens nach der Auffassung einiger Commissionsmitglieder [10]) die Bedeutung haben, daß die Unzulässigkeit schon im Stadium der Eideszuschiebung sich wirksam erweise, — also auch der Delat ohne das Präjudiz für den Eid verweigernd angesehen zu werden, die Erklärung über denselben unterlassen könne. Allerdings ist schwer zu denken, wie dies praktisch werden solle. Denn da in vielen Fällen die Beweisführung erst lange nach der Eidesdelation erfolgt, ist das Gericht zur Zeit der letzteren noch gar nicht in der Lage, deren Zulässigkeit zu beurtheilen. Und wäre dies auch, so gäbe es keine Form, in welcher dies bindend ausgesprochen werden könnte, zumal auch bindend für die zweite Instanz. Der Delat könnte also seine Erklärung über den Eid nur unter großen Gefahren unterlassen. — Es ist daher kaum zweifelhaft, daß dieselbe regelmäßig erfolgen werde, jedoch unter Verwahrung (§. 433. Abs. 2). In diesem Falle wird dann das Gericht bei seiner Entscheidung die Eideszuschiebung unberücksichtigt lassen. Wie aber, wenn der Delat,

---

9) Prot. 5796 ff.
10) Prot. 5797, 5800.

ohne Einwendungen zu machen, ja dieselben ausdrücklich ablehnend, den zugeschobenen Beweis annimmt? Ist hier ein Grund vorhanden, den Eid nicht zuzulassen? Wäre es zweckmäßig, den Delaten einer Verhandlung in zweiter Instanz auszusetzen, während er bereit ist, dem Gegner jeden Vorwand hiefür sofort abzuschneiden?

Wenden wir uns nun dem §. 441 zu, so ist hier statt von der „Unzulässigkeit der Eideszuschiebung" von dem Recht des Gerichtes, dieselbe zu „verwerfen," die Rede, und die eben angedeutete Frage ist hier ausdrücklich in dem Sinne entschieden, daß die Eideszuschiebung auch dann verworfen werden könne, wenn der Eid angenommen oder zurückgeschoben worden ist. Man wird wohl auch annehmen müssen, daß das Gleiche gelte, wenn der Eid ausdrücklich oder stillschweigend verweigert wurde. Man wird aber zugestehen, daß hier viel zu viel gedeutet und hineingelegt werden müsse, und daß es einfacher wäre, wenn ein Paragraph beide Fälle etwa folgendermaßen regelte: „Wenn das Gericht erachtet, daß hinlängliche Gründe vorliegen, eine Thatsache, über welche ein Eid zugeschoben wurde, für unwahr oder ganz unwahrscheinlich zu erklären, läßt es bei seiner Entscheidung die Eideszuschiebung und die Annahme, Zurückschiebung und Verweigerung des Eides unberücksichtigt, es wäre denn, daß derjenige, dem der Eid zugeschoben wurde, denselben mit ausdrücklicher Verzichtleistung auf die gegenwärtige Anordnung angenommen hätte."

Eine wichtige hieher gehörige Frage ist im Entwurf im negativen Sinne entschieden. Es wurde nämlich schon bei der ersten Lesung der Antrag, die Eideszuschiebung über „unerlaubte Handlungen, welche mit öffentlicher Strafe bedroht sind," auszuschließen, abgelehnt [11]) und der in erster Lesung vorgenommene §. 420 [12]), welcher die Verschiebung der Eidesleistung bis zum Ausgang der strafgerichtlichen Untersuchung über den Gegenstand des Eides bildende Thatsachen zuließ, entfiel bei der Schlußredaction erster Lesung.

III. Kenntniß von den zu beschwörenden Thatsachen. Es versteht sich von selbst, daß bei Besprechung dieser so vielfach erörterten Frage [13]) nur die Hauptmomente erörtert werden können. Hier ist es nämlich eben, wo das Künstliche des Haupteides, der, man mag es

---

[11]) Prot. 2884—2887.
[12]) Prot. 2902.
[13]) Siehe oben S. 403 ff.

betrachten, wie man will, halb als Transaction, halb als Beweismittel fungirt, sich straft. Theils ist es der, freilich dem Gegner aufgenöthigte, Vergleich, — theils das Zeugniß der Partei, — theils das in der Eidesweigerung liegende Geständniß, was die richterliche, auf den Ausfall des Haupteides sich stützende Entscheidung logisch rechtfertigen muß. Alle diese Momente schwirren aber in der geschichtlichen Entwicklung und in der in unser bisheriges Recht, sowie in den Entwurf übergegangenen gemeinrechtlichen Theorie durcheinander und müssen jederzeit Unklarheit und Verwirrung in die Praxis bringen und hauptsächlich dazu beitragen, daß die formelle Wahrheit im Civilproceß von der materiellen weitab liegen bleibe.

Zwei Punkte sind es hauptsächlich, auf welche dabei das Augenmerk zu richten ist:

1. Was **kann** die Partei beschwören?

2. Welches ist das gegenseitige Verhältniß des Deferenten und des Delaten?

Zu 1. Der Entwurf betont es vielfach, daß der Eid aus eigenem Wissen müsse geschworen werden können. Derjenige, welcher „die zu beschwörende Thatsache mit Zuverlässigkeit und aus eigener Ueberzeugung zu bestätigen nicht im Stande ist" — ist eidesunfähig (§. 419, Z. 2). Die Personen, welche für eine Gemeinde, Gesellschaft oder andere juristische Person den Eid leisten sollen, sind so auszuwählen, daß er „nur denjenigen, die ihn auf Grund eigenen Wissens leisten können" auferlegt werde (§. 424). Auch der zugeschobene Eid paßt in der Regel auf das „Sein oder Nichtsein" der zu beschwörenden Thatsache, und die Ausnahme, welche davon gemacht wird, kommt nur dem Delaten zu statten und nur so weit, daß er, statt das Nichtsein der Thatsache das Nichtvorhandensein seiner Ueberzeugung von derselben zu beschwören hat (§. 445).

Lassen wir nun diesen Ausnahmsfall vorläufig bei Seite, so könnte es auf den ersten Blick scheinen, als wäre der Eid auf Thatumstände beschränkt, welche der Schwörende auf Grund **persönlicher** Wahrnehmung behauptet oder in Abrede stellt. Allein dem ist nicht so; alle angeführten Stellen verlangen Ueberzeugung aber nicht **Wahrnehmung**, wie dies an der analogen, den Zeugen betreffenden Stelle (§. 327, Z. 1) gefordert wird. Die subjective Gewißheit (Ueberzeugung) kann aber auch durch Wahrnehmung solcher Thatsachen gewonnen werden, „aus

welchen sich durch eine richtige Schlußfolgerung die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache ergibt“ (§. 281). Schließt der Wortlaut des Entwurfes diese Quelle der Ueberzeugung des Schwörenden nicht aus, so ergibt sich auch aus der Geschichte und aus der Betrachtung des praktischen Bedürfnisses, daß er dies nicht wollen könne. — Denn es müßten sonst alle jene, wenn auch noch so überzeugenden Umstände im Proceß unberücksichtigt bleiben, für welche kein anderes Zeugniß als das des Schwurpflichtigen selbst sich beibringen läßt.

Wenn der Depositar, auf Herausgabe eines Depositum belangt, sich damit vertheidigen muß, daß in seiner Abwesenheit sein Haus mit Allem, was sich darin befand, verbrannt sei, und wenn ihm der Umstand, daß das Depositum in versperrtem Raume verwahrt war, dessen Schlüssel er bei sich hatte, nicht möglich machen sollte, zu schwören, daß der verwahrte Gegenstand verbrannt sei; dann stünde es schlimm um die Brauchbarkeit des Eides im Civilproceß. Ginge man nun gar davon aus, daß der Delat in gleicher Weise das Nichtsein der vom Gegner behaupteten Thatsache zu beschwören habe, so käme dies auf eine vollständige Ueberwälzung der Beweislast hinaus; der Beweisgegner hätte die Unwahrheit des Beweissatzes zu beweisen, und wenn er dies nicht durch einen auf eigener Wahrnehmung beruhenden Eid vermöchte, müßte er und müßte der Richter Alles blindlings als wahr gelten lassen, was der Deferent zu beschwören bereit ist.

Es ist uns daher auch nicht zweifelhaft, daß der Haupteid beiderseits auf Gründe moralischer Gewißheit gestützt werden könne; das macht freilich in der früher schon erörterten Weise die Parteien zu Richtern, ist aber gar nicht zu vermeiden, wenn man, festhaltend an den Traditionen einer Zeit, welche die freie richterliche Würdigung des Zeugenbeweises nicht kannte, die Parteien vom Zeugniß in eigener Sache auszuschließen fortfährt.

Zu 2. Der Natur der Sache nach müßte der Haupteid den Deferenten als Beweispflichtigen in eine ungünstigere Lage bringen. Und in der That thut er dies auch insofern, als wir uns einen gewissenhaften Deferenten einem gewissenlosen Delaten gegenübergestellt denken. Insofern aber ist der gewissenhafte Delat sehr im Nachtheil, als er das Nichtsein einer Thatsache zu beschwören hat, und man eine negative Ueberzeugung immer schwerer zu gewinnen vermag, als eine positive; denn die positive kann nur durch bestimmte Thatsachen begründet wer-

den, welche deutlich vor der Seele stehen und deren Beziehung zum Beweissatz von selbst hervortritt. Die negative Ueberzeugung dagegen kann nur aus dem Mangel eines solchen Bewußtseins einerseits und aus der sorgfältigen Prüfung und Ausschließung aller Voraussetzungen, unter welchen der Beweissatz als möglich gedacht werden könnte, abgeleitet werden. Kommt nun noch hinzu, daß dem Delaten nach dem Ermessen des Gerichtes sowohl die Alternative der Zurückschiebung als auch die Milderung der Eidesformel zu einem juramentum ignorantiae entzogen werden kann, so muß man zugeben, daß die Rechtssicherheit des Beweisgegners keine sehr große sei und daß die Vortheile, die ihm aus der Vertheilung der Beweislast erwachsen sollten, leicht in Nachtheile umschlagen könnten.

Betrachten wir nun etwas genauer die verschiedenen Combinationen, welche sich ergeben können, und vergleichen wir die Resultate, welche sich bei Anwendung des Haupteides ergeben, mit denen, welche die Anwendung des Parteienzeugnisses liefern würde:

A. Die Thatsache fällt in den Kreis der persönlichen Wahrnehmung oder wenigstens der bestimmten Kenntniß beider Parteien; beide sind bereit, ihre einander widersprechenden Behauptungen zu beschwören. Stehen sich in gleicher Weise zwei Zeugen gegenüber, so wird der Richter in der Verschiedenheit der Persönlichkeiten, in der inneren Folgerichtigkeit der Erzählung, in der Beglaubigung derselben durch angeführte Nebenumstände oder im Vorhandensein von Merkmalen entgegengesetzter Art Anhaltspunkte genug finden, um zu einer verläßlichen Entscheidung zu gelangen. Um so nothwendiger wäre dies beim Parteieneid, der — wie gezeigt — mitunter auf Schlußfolgerungen hin abgelegt wird, deren Richtigkeit zu prüfen dem Richter möglich sein sollte. — Statt alles dessen entscheidet beim Haupteid die Proceßrolle; demjenigen der zwei Gegner, welcher zufällig in der Lage ist, zuerst zum Eide zu gelangen, hat der Richter unbedingt Glauben zu schenken; alle Bedenken, welche die Persönlichkeit des Deferenten und dessen Erbieten zum Eid erregen mögen, müssen beim Eid des Delaten unberücksichtigt bleiben.

B. Der Beweisführer ist zum Eide bereit; allein der Delat sucht der Eidesauftragung sich zu entziehen, indem er behauptet, daß er keine genügende Kenntniß des Sachverhaltes habe. Wir wollen, früher Ausgeführtes bei Seite lassend, voraussetzen, daß es sich nur um einen jener

Fälle handle, wo eine Erklärung mit Nichtwissen zulässig ist, wo es sich also nicht um eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei handelt (§. 126, Abs. 3). Es ist klar, daß aus diesem Nichtwissen, wenn es nicht erlogen ist, weder die Sachfälligkeit des Delaten, noch seine Verpflichtung folgen könne, seine Sache dem Gewissen des Deferenten allein anheim zu stellen, sie von einer eidlichen Behauptung, die sich jeder weiteren Prüfung entzieht, abhängig zu machen.

Auf diesen Fall nun, wo der Delat nicht in der Lage ist, eine eidliche Erklärung über die Sache abzugeben, scheint die Bestimmung des §. 419, Z. 2, zu passen, welche die Eidesunfähigkeit desjenigen ausspricht, der die zu beschwörende Thatsache mit Zuverlässigkeit und aus eigener Ueberzeugung zu bestätigen nicht im Stande ist. Aus der Eidesunfähigkeit des Delaten folgt die Unzulässigkeit der Eidesdelation. [14]) Das wäre nun wenigstens eine bestimmte Entscheidung, wenn auch keine ganz befriedigende. Denn der Deferent, welcher in der Lage ist, eine bestimmte eidliche Angabe zu machen, die allerdings keine unbedingte Beweiskraft haben kann, aber vom Richter geprüft, gewogen und überzeugend gefunden werden könnte, ist zum Schweigen und damit zum Verluste des Processes verurtheilt.

Allein so einfach liegt die Sache selten; die Unmöglichkeit, daß der Delat Kenntniß von ihr habe, muß nicht sofort in die Augen springen, zumal wenn man nach Obigem nicht umhin kann, auch einen Eid über solche Gegenstände zuzulassen, von welchen der Schwörende nicht aus eigener Wahrnehmung Kenntniß hat. Wie soll nun die Frage entschieden werden, ob die Erklärung des Nichtwissens auf Wahrheit beruhe? — Hat der Deferent die Bedingung darzuthun, von welcher die Zulässigkeit des von ihm gewählten Beweismittels abhängt? Hat der Delat seine Eidesunfähigkeit durch eine Beweiseinrede geltend zu machen, den factischen Grund dieser Einrede darzuthun? Wie soll eine solche Beweisführung möglich sein? Soll dafür neuerdings die Eideszuschiebung angewendet werden können, so kann die Sache in's Uendliche fortgehen. Will man dieselbe direct oder indirect (§. 281) durch Zeugen erweisen,

---

[14]) Dies ist zwar im Entwurf nicht ausdrücklich ausgesprochen, allein es ergibt sich wohl zur vollen Evidenz aus §. 419, Z. 4 und aus §. 438. Eine ausdrückliche Entscheidung wäre deßhalb nicht ganz überflüssig, weil unsere Praxis bisher geneigt war, in der Eidesunfähigkeit des Delaten einen in dessen Person sich ereignenden Zufall zu sehen, welcher nicht den Deferenten des Haupteides berauben darf, und es nur dem Delaten nothwendig macht, den Eid zurückzuschieben.

so entsteht wenigstens die Schwierigkeit, daß da, wo über das Hauptfactum Zeugen vernommen werden müssen, entweder eine Beweisverfügung ergehen muß, welche auch schon diejenigen Beweisaufnahmen vorschreibt, welche sich auf die Zulässigkeit des vorderhand nur eventuell aufgetragenen Eides beziehen, oder die Nothwendigkeit einer wiederholten Beweisverfügung sich ergeben könnte. — Der Entwurf schweigt über diese Fragen, weil man eben mit denselben in der Theorie und Praxis fast niemals Ernst gemacht hat, sondern um der tödtlichen Schwerfälligkeit zu entgehen, welche dies in das Verfahren gebracht hätte, theils mit Eintheilung der Eide, theils mit einfachem Ignoriren der Schwierigkeit sich durchhalf. Alles was geschieht, besteht darin, daß der Entwurf auf dieser so bedenklichen Bahn weiter geht und dem §. 419 eine andere Stelle entgegenstellt, welche es dem Ermessen des Gerichtes anheimstellt, der Partei den Eid dahin aufzuerlegen, daß sie „die Ueberzeugung nicht erlangt habe . . . .“ (§. 445, Absatz 2).

Man wird zugeben müssen, daß diese Formel der Mißdeutung weniger Raum gebe, als der bisherige Beisatz des „Wissens und Erinnerns;“ es wird wohl kaum möglich sein, daß etwa ein Strafgericht sie als bestimmte Verneinung des Beweissatzes selbst behandle, und wir haben nun jenes juramentum ignorantiae, gegen welches so viele Bedenken rege gemacht wurden, und das so wenig geeignet ist, einer richterlichen Entscheidung zur Grundlage zu dienen. Wir haben diesen Eid in der sehr bedenklichen Form, daß er vom Ermessen des Gerichtes abhängt. Ich bin weit entfernt, mich dagegen auszusprechen, daß der Würdigung der Thatumstände durch den Richter ein freier Raum gelassen werde. Ich muß mich aber entschieden dagegen erklären, daß, so wie es hier und an einigen anderen Stellen des Entwurfes geschieht, der Richter angewiesen wird, sich das Proceßgesetz selbst zu geben, ohne daß das Gesetz auch nur den Gesichtspunkt bestimmt, welcher dafür maßgebend sein soll. Am sonderbarsten ist es nun freilich, wenn Freiheit und Gebundensein des Richters so verwoben werden, wie hier; wenn das, was für den Richter bindend sein muß, wie der Parteieneid, von dessen Ermessen abhängig gemacht wird. Endlich muß gerade da, wo dem Ermessen des Richters Raum gegeben wird, auf gründliche Feststellung der factischen Voraussetzungen gedrungen werden; der Richter muß den einzelnen Fall sehr klar vor sich liegen haben, wenn er von seinem Ermessen einen wirklich vernünftigen Gebrauch machen, mit demselben

nicht blindlings dreinschlagen soll. Und wie soll der Richter ohne specielle Beweisaufnahme die Verhältnisse kennen lernen?

Man wird uns vieleicht auf das Befragungsrecht des Gerichtes verweisen, von welchem die §§. 135—137 handeln, und von welchem man sich, ungefähr wie von den Friedensgerichten, meist da sehr viel verspricht, wo man es damit praktisch noch nicht versucht hat. Das Befragungsrecht ist allerdings ein sehr geeignetes Mittel zur Klarstellung der Behauptungen, weil es hier auch gegenüber den Parteienvertretern geübt werden kann. Zur Klarstellung der Thatsachen taugt es wenig. Es ist zu umständlich; es gibt dem allzu eindringlich nachforschenden Richter zu sehr das Ansehen der Parteinahme, und es flößt der redlichsten Partei Bedenken ein, da Niemand es liebt, in eine Lage zu kommen, in welcher er nur dem Gegner Zugeständnisse machen, sich selbst aber nicht nützen kann; es gestattet dagegen dem Unredlichen, in voller Straflosigkeit frech zu lügen.

Stellen wir auch hier wieder das Parteienzeugniß dem Haupteid gegenüber. Der Beweisführer wird als Zeuge in eigener Sache freiwillig auftreten; er wird dann keine Veranlassung haben, den Gegner zum Zeugniß zu nöthigen, er wird getrost abwarten können, ob dieser sich veranlaßt sehe, ihm auf Grund eigenen Wissens als Zeuge unmittelbar entgegenzutreten oder wenigstens die ihm bekannt gewordenen Thatumstände, welche gegen die Richtigkeit des Beweissatzes sprechen, vorzulegen. Beide werden bereitwillig erscheinen, weil es in ihrem eigenen Interesse liegt; sie werden von der Betheuerung der Unwahrheit durch die Gefahr augenblicklicher Entlarvung und ihr folgender Bestrafung abgehalten werden; sie werden aber auch weniger zurückhaltend sein, weil sie nicht von dem Gedanken beherrscht sein werden, daß der Richter nur ihre Zugeständnisse berücksichtigen dürfe, das aber, was sie zu ihren eigenen Gunsten sagen können, unbeachtet lassen müsse.

C. Der Beweisführer vermag die Richtigkeit seines Beweissatzes nicht zu beschwören, allein er verlangt, daß sein Gegner verhalten werde, denselben eidlich zu widerlegen. Das Unvermögen, zu schwören, kann auf Seite des Beweisführers daher rühren, daß er unbedingt eidesunfähig ist (wozu auch der schon oft erwähnte Fall gänzlicher Unkenntniß des Sachverhaltes gehört), oder daß er von der Ablegung angebotener Eide auszuschließen ist (§. 420). Der Delat kann seinerseits behaupten, von der Sache überhaupt nichts zu wissen, wo dann die oben unter B.

erwähnten Schwierigkeiten eintreten. Es kann aber auch so liegen, daß der Delat nicht bestreiten kann und nicht bestreitet, einige Kenntniß oder Erinnerung von der Sache zu haben; allein er erklärt, er vermöge sich weder von der Richtigkeit des Beweissatzes zu überzeugen, noch das Nichtsein der abzuschwörenden Thatsache zu betheuern. Wenn für solche Fälle der Richter wieder einmal auf sich selbst und auf sein Ermessen verwiesen wird, so heißt das eigentlich gestehen, daß das Gesetz den Richter auf ebener Bahn an der Hand führe, da aber, wo die Schwierigkeiten der Reise hervortreten, ihn seiner eigenen Inspiration überlassen müsse.

Man sage nicht, daß man unter allen Umständen darauf werde rechnen müssen, daß der Richter von seinem Ermessen einen vernünftigen Gebrauch machen werde. Wir bestreiten dies nicht; allein wir behaupten, daß es, da dem Richter die Freiheit der Beurtheilung gesichert wird, um so nothwendiger sei, dafür zu sorgen, daß er die für seine Entscheidung nöthigen Materialien vor sich liegen habe. Das aber ist auch hier der Fehler, daß gerade in solchen Fällen, wo die Quellen der vernünftigen Ueberzeugung ohnehin so spärlich fließen, noch die ergiebigsten unbenützt bleiben.

Der Beweisführer muß, da er eine Behauptung aufstellt, doch sehr bestimmte thatsächliche Anhaltspunkte für dieselbe haben. Das natürlichste ist, daß er diese thatsächlichen Anhaltspunkte dem Richter vorlege; so weit dies ohne sein eigenes Zeugniß geschehen kann, wird diese Beweisführung nach §. 281 schon jetzt möglich sein und man kann sie schon auch wegen der Schlußworte des §. 448, Abs. 2 nicht erlassen. Sind aber die Thatumstände, auf welche er seine Behauptung stützt, so beschaffen, daß sie nur von ihm selbst bezeugt werden können, so ist ihre Berücksichtigung durch den Richter jetzt ganz ausgeschlossen, und gerade das dient der muthwilligen Auftragung irreferibler Haupteide zum besten Vorwand. Stände der Darlegung dieser Momente kein Hinderniß entgegen, so würde in der Regel die völlige Grundlosigkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Behauptung sofort klar werden, und wäre dies nicht der Fall, so müßte sich der Beweisgegner von selbst veranlaßt finden, das Seinige zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen. — Andererseits würde der Beweisgegner, als Zeuge gerufen, weder in der Lage sein, sich durch die Versicherung einer negativen Ueberzeugung [15]) kurz-

[15]) Die Formel, welche in Hannover bei der zweiten Lesung angenommen wurde, und in den österr. Entwurf überging, verzichtet auf ein in der ersten Lesung betontes

weg befreien zu können, noch deshalb verurtheilt zu werden, weil er, so zweifelhaft ihm die Sache ist, doch nicht zu schwören wagt. Er würde in der Lage sein, geradezu sagen zu können und zu müssen, was ihm von der Sache bekannt geworden, welche Nachforschungen er angestellt, und welches deren Ergebniß sei. — Daß die Erforschung der Wahrheit und die Sicherheit des redlichen Bürgers dabei nur gewinnen können, ist klar.

D. Wir haben endlich eines Falles zu gedenken, bei welchem nach dem System des Haupteides gar nicht zu helfen ist, während er nach dem des Parteienzeugnisses gar keine Schwierigkeit macht: des Falles, wo der Beweissatz von keiner der beiden Parteien beschworen werden kann. — Als Beispiel führe ich den der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 2. Mai 1855 Nr. 3244 (Glaser-Unger Nr. 83) zu Grunde liegenden Fall an. „A. trägt der B. den Haupteid darüber auf, daß sie nicht durch C. gewisse Arbeiten bei ihm bestellt habe." Der Eid wurde für unzuläßig erklärt; „denn die Geklagte könnte wohl über den Auftrag schwören, den sie dem C. gegeben haben soll und A. über den Auftrag, den er von C. erhalten haben will; allein erstere könnte nicht über letzteren Umstand und A. nicht über die dem C. ertheilte Ermächtigung einen Eid schwören." Hier geht also das Zeugniß, das jeder der beiden Proceßführenden abzugeben vermöchte, blos deshalb verloren, weil es in die Form des Haupteides nicht gebracht werden konnte. (Wir müssen nämlich annehmen, daß in diesem Falle das Zeugniß des C. nicht zu beschaffen war.)

IV. Einfluß persönlicher Verhältnisse auf das durch den Haupteid bedingte Proceßschicksal. Bekannt und auch im Entwurfe gewürdigt sind die Schwierigkeiten, welche sich daraus ergeben, daß für das Beweismittel des Haupteides nicht die natürliche

---

Moment; dort war nämlich gefordert, der Delat habe zu schwören, daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung nicht erlangt habe . . . Dies gewährte also wenigstens Schutz dagegen, daß der Delat sich einer möglichen Entdeckung der Wahrheit absichtlich entzieht, z. B. im Hausbuch des Erblassers, wo die vom Gegner behauptete Zahlung eingetragen sein könnte, gar nicht nachsieht, dessen Umgebung nicht befragt u. s. w. — Der Grund, auf welchen hin die Veränderung vorgenommen wurde, („weil schon in dem Beschwören seiner Ueberzeugung liege, daß man diejenigen Nachforschungen angestellt habe, welche zum Gewinnen einer Ueberzeugung erforderlich sind" — Prot. 5792, 5793) scheint mir auf die eidliche Verneinung einer Ueberzeugung (im Gegensatz znr Betheuerung des Vorhandenseins einer negativen Ueberzeugung) gar nicht zu passen.

Persönlichkeit, die Kenntniß von der Sache hat oder zu haben scheint, sondern eine bestimmte juristische Beziehung zur Proceßsache den Ausschlag gibt. Die Verwicklungen, die hieraus erwachsen, der ergiebigste Anlaß literarischer wie forensischer Controversen, sind auf dem Gebiet des Zeugenbeweises, theils ganz unbekannt, theils viel leichter zu beseitigen. Verfolgen wir nun an der Hand des Entwurfes die wichtigsten hieher gehörigen Momente:

A. Ueberall, wo auf der einen oder andern Seite nicht lediglich eine natürliche Persönlichkeit steht, entsteht sofort die Frage nach der Berechtigung und Verpflichtung zum Eide; und es machen sich entgegengesetzte Interessen geltend. Auf der Seite, wo das bezeichnete Verhältniß eintritt, sucht man es natürlich zu benützen, um eben nur jene Person vorzuschieben, welche den Eid am leichtesten schwören kann, jene im Hintergrund zu halten, welche ihn nicht zu schwören vermöchte — ein Bestreben, daß sehr verzeihlich ist, wenn es sich um ein positives Zeugniß in eigener Sache handelt, sehr bedenklich aber werden kann, wenn eine eidliche Abläugnung, zumal in der Form des juramentum ignorantiae, erfolgt. Auf der Gegenseite hat man das Interesse, daß möglichst Viele zum Eide herangezogen werden mögen, und wo möglich nur oder auch Solche, welche wegen ungenügender Bekanntschaft mit dem Streitgegenstande nicht zu schwören vermögen. Trotz aller Vorsorge der Gesetzgebung müssen hier die schlaue Parteiberechnung und der Zufall Knoten schürzen, welche zwar das richterliche Ermessen manchmal durchhauen wird, aber bei weitem nicht in allen Fällen.

1. „Für eine Partei, welcher die gesetzliche Fähigkeit zu handeln fehlt, ist der Eid von dem gesetzlichen Vertreter derselben zu leisten" (§. 421). Hier ist also nicht die Kenntniß von der Sache, sondern die juristische Stellung maßgebend; wohl aber kann es begegnen, daß eben mit Rücksicht auf einen bevorstehenden Proceß eine Person als Vertreter bestellt und so zur unbedingt bindenden Eidesleistung berufen wird, welche, abgesehen davon, ein isolirter, ja ein auf Antrag des Gegners verwerflicher Zeuge gewesen wäre. — Allerdings kann das Gericht nach Abs. 2 des §. 421 auch anordnen, daß der Eid von dem Vertretenen selbst geleistet werde; allein dies kann nur geschehen, wenn die Vertretung wegen Minderjährigkeit [16]) oder Verschwendung stattfindet. So

[16]) Diesem Fall wird man wohl den der Verlängerung der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt unbedenklich gleichstellen.

geht also z. B. dem Gegner eines wegen eines Verbrechens zum schweren Kerker Verurtheilten das Beweismittel des Haupteides verloren, wenn der Curator keine Kenntniß vom Streitgegenstande hat. Die Besorgniß vor einem leichtsinnigen Zugeständnisse des Pflegebefohlenen führt ferner dahin, daß selbst da, wo dessen eigene Handlungen oder Wahrnehmungen in Frage kommen, das Gericht dessen eigenen Eid ausschließen kann, und so entgeht dem Gegner ein in der Regel brauchbares und — unter gehöriger Mitwirkung der Vormundschaft — auch dem Rechte des Pflegebefohlenen nicht gefährliches Zeugniß.

Für den Fall einer Vertretung durch Mehrere bietet §. 422 Bestimmungen, welche von diesem Standpunkte aus nur gebilligt werden können. Trotzdem ist es auch hier bedenklich, daß das Gericht, ohne genügende Grundlagen dafür zu haben, die Schwurpflichtigen heraussuchen muß. Gefährlich genug ist es auch, wenn einer der zur Ableistung des Eides verpflichteten Vertreter den Eid verweigert, und dadurch die Eide seiner Genossen illusorisch macht, was doch wohl nur nothwendig wäre, wenn diese blos ein juramentum ignorantiae zu leisten vermögen, nicht aber wenn sie das Sein oder Nichtsein beschwören.

Uebrigens lassen sich folgende Fragen auch nach den Bestimmungen des Entwurfes schwer beantworten: W a n n haben sich die Vertreter, denen ein Eid aufgetragen ist, über die Annahme oder Zurückschiebung zu erklären? Schon vor dem Urtheile, welches entscheidet, w e r zu schwören habe? — Was geschieht, wenn einige Vertreter den Eid annehmen, andere ihn zurückschieben? — Wie ist zu entscheiden, wenn nach der richterlichen Bestimmuug der Eidespflichtigen und nach Rechtskraft des Urtheiles einer derselben stirbt oder eidesunfähig wird? — Wie wenn e i n e r der Eidespflichtigen eine Aenderung der Eidesformel begehrt?

2. Die Bestimmung über den Eid einer Gemeinde u. s. w. (§. 424) gibt nur zu zwei Bemerkungen Veranlassung:

a) Es wird nicht immer der Beweisführer in der Lage sein, die zur Eidesleistung für die Gegenseite zu berufenden Personen zu bezeichnen. Es sei nur an Processe gegen den Staat erinnert, wobei es möglicherweise Amtsgeheimniß sein kann, wer die fraglichen Verfügungen getroffen habe.

b) Es fehlt eine Bestimmung, welche doch einigermaßen den Kreis der Personen begrenzt, welche für eine Gemeinde u. s. w. den Eid leisten

können. Der Entwurf spricht nur von Personen, die den Eid aus eigenem Wissen leisten können. Müssen aber diese Personen zu den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft u. s. w. gehören? Kann z. B. der Gutsverwalter eines Klosters, der Cassier einer Actiengesellschaft als Eidespartei erscheinen, während die in gleicher Weise bei einer physischen Person Bediensteten nur Zeugen sein könnten, ja vielleicht verwerfliche Zeugen wären (§. 328, Z. 2)?

3. Hinsichtlich des Falles einer Streitgenossenschaft beziehe ich mich auf meine ausführlichen Erörterungen in Nr. 19—23, Jahrg. 1866 der G. Z. hier S. 413 ff. Die dart schon erörterte Bestimmung d. Entw. erster Lesung: „Streitgenossen haben den Eid sämmtlich zu schwören, sofern nicht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (oder nach Vereinbarung der Parteien) die Leistung oder Verweigerung des Eides von Seiten eines einzelnen Streitgenossen die Eidesleistung der übrigen unnöthig macht," ist bis auf die in Klammern gesetzten Worte, welche schon bei der ersten Berathung Gegenstand einer die Aufmerksamkeit von der Hauptsache ablenkenden Discussion gewesen waren, beibehalten.

Hier ist nun hinsichtlich der Ausnahme zu bemerken, daß sie in Hannover allerdings schwer deutlicher zu fassen war, weil man dort nicht blos auf ein materielles Recht Rücksicht zu nehmen hatte. In einem österreichischen Entwurfe hätte aber meines Erachtens die Sache, die man sagen will, bestimmter ausgedrückt werden müssen. Vorschriften, welche geradezu die hinsichtlich eines Genossen was immer für einer Gemeinschaft erfolgte oder mißlungene Beweisführung für die anderen bindend erklärte, kennt unser bürgerliches Recht nicht. Die jetzige Fassung aber legt den Irrthum sehr nahe, daß überall, wo eine solidarische Berechtigung oder Haftung behauptet wird, schon sofort eine Ausnahme von der Regel des §. 425 zu machen sei. Ohne hier nochmals auf diese von mir bereits (a. a. O.) ausführlich erörtete Materie zurückzukommen, möchte ich mir nur die Frage erlauben, wie zu entscheiden sein werde, wenn ein Ehepaar für sein Grundstück eine Servitut am benachbarten Grundstück eines anderen Ehepaares in Anspruch nimmt, und wenn den deferirten Haupteid die Frau verweigert, der Mann zurückschiebt, und dann auf Seite der Deferenten nur eine Person den Eid ablegt?

Was die Hauptbestimmung betrifft, so bedarf sie einer erläuternden Ergänzung. Was geschieht, wenn die Streitgenossen nicht sämmt-

lich schwören? Die bisher in Oesterreich vorherrschende Meinung würde auf Seite der Delaten in diesem Falle den Proceß als verloren ansehen, auf Seite der Deferenten aber nur dann, wenn nicht gleich bei der Auftragung des Eides die Person bezeichnet worden wäre, welche sich bereit erklärt, den zurückgeschobenen Eid zu schwören. Nach dem Wortlaut des §. 425 wäre man versucht, zu entscheiden, daß in jedem Falle, wo nicht alle Streitgenossen schwören, der Proceß für Alle verloren gehe. Dennoch glaube ich, daß dies nicht die Absicht sei, daß vielmehr auch hier der im §. 66 aufgestellte Grundsatz Anwendung finde, „daß die Handlungen oder Unterlassungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Nutzen noch zum Nachtheile gereichen.“

Damit ist nun freilich der einzelne Streitgenosse gegen die Folgen der Nachlässigkeit, der übertriebenen Aengstlichkeit, unerlaubten Einverständnisses und persönlicher Zufälle, welche bei einem der Genossen eintreten können, geschützt; allein das Ergebniß ist doch, daß in demselben Proceß derselbe Beweissatz für den Richter erwiesen und zugleich nicht erwiesen sein kann, und wo bleibt da die Beweisnatur des Haupteides? — Ist es nicht klar, daß der Eid desjenigen Streitgenossen, der das Sein oder Nichtsein einer Alle betreffenden Thatsache beschwört, entweder Allen gegenüber beweisend oder völlig beweisuntüchtig sein muß? Uebersetzen wir die Frage in das Gebiet des Parteienzeugnisses, so ist die Sache augenblicklich sehr vereinfacht. Wenn der Richter eine Thatsache hinsichtlich eines Streitgenossen für erwiesen erachtet, weil er dessen Aussage unbedenklich findet, obgleich sie ihm zum Vortheil gereicht, so wird er die Thatsache gewiß auch zu Gunsten aller Streitgenossen als wahr ansehen müssen. Wenn keiner der Streitgenossen anders als zum Nachtheil der gemeinschaftlichen Sache aussagt, wird die Entscheidung auch nicht schwierig sein. Wenn endlich die Aussagen der Streitgenossen einander widersprechen, wird dasselbe geschehen, wie sonst bei widersprechenden Zeugenaussagen.

B. Mit den allgemeinen Proceßgrundsätzen ist es schwer in Einklang zu bringen, daß §. 423 die Auferlegung des Parteieneides gegenüber von Personen zuläßt, welche nicht Proceßparteien sind. Die Bestimmung ist um so bedenklicher, weil in den im §. 423 berücksichtigten Fällen in der Regel die Voraussetzungen einer Nebenintervention vorhanden sein werden, ohne daß doch eine solche wirklich stattfindet. Es ist aber gar nicht zu begreifen, warum in einer Proceßordnung,

welche bei der Würdigung des Zeugenbeweises volle Freiheit gewährt, die im §. 423 erwähnten Personen nicht als Zeugen vernommen werden sollen? (Vrgl. übrigens die „Erläuternden Bemerkungen" S. 60.)

C. Besonders wichtig und zum Theil tief in die Traditionen unseres Proceßwesens einschneidend sind die Bestimmungen über die absolute und relative Eidesunfähigkeit und über die Folgen des Eintrittes derselben, sowie des Todes einer Partei.

Die Bestimmungen über die Eidesunfähigkeit lassen sich auf zwei Quellen zurückführen: Unmöglichkeit der Eidesleistung und Mißtrauen gegen den zum Eid Berufenen, welches es als unthunlich erscheinen läßt, die Entscheidung der Sache lediglich seinem Gewissen anheim zu stellen.

Betrachten wir diese Gründe einzeln:

1. Eidesunfähigkeit wegen jugendlichen Alters. Ohne Zweifel beabsichtigt der Entwurf, welcher nur den Hauptinhalt der §§ 235 und 236 ung. C. P. O. reproducirt, nicht, an der bisher im österr. Recht festgehaltenen Altersgrenze für die Eidesfähigkeit (§. 140 lit. a a. G. O., §. 132 lit. d St. P. O.) etwas zu ändern. Personen, welche das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, sollen schon deßhalb nicht zum Eide zugelassen werden, weil sie sich durch Meineid keines Verbrechens schuldig machen würden. Allein der Entwurf enthält eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art selbst nicht bei Erwähnung der Zeugen; in Bezug auf den Parteieneid ist sie durch die Bestimmung des §. 419, Z. 1, indirect ertheilt. Nach dieser Bestimmung ist nämlich selbst Derjenige von der Eidesleistung unbedingt ausgeschlossen, welcher zur Zeit, als sich die zu beschwörende Thatsache ereignete, das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, während nach §. 420, Z. 1, das Gericht die Zulassung zur Ablegung eines angebotenen Eides auch noch bei Denjenigen verweigern kann, welche zur Zeit des Ereignisses das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten. Bedenkt man, daß beide Bestimmungen beim Zeugenbeweise entbehrlich gefunden wurden, so wird man einsehen, daß auch hier wieder die Freiheit der Beweisführung, die Benützung von Beweismitteln, welche sich im concreten Falle als ganz brauchbar erweisen können, deßhalb beeinträchtigt werden mußte,

weil die Natur des Parteieneides sich der individuellen Würdigung des Beweismittels entzieht [17]).

2. Durch Körper- oder Geistesgebrechen oder sonstige Umstände herbeigeführte Unfähigkeit, die zu beschwörende Thatsache mit Zuverlässigkeit und aus eigener Ueberzeugung zu bestätigen. Dies ist gewiß vollkommen unbedenklich. Nur bringt es das beim Haupteid herrschende eigenthümliche Verhältniß mit sich, daß durch solche Zufälle die eidesfähige Gegenpartei betroffen wird. Eine Eideszuschiebung an solche Personen ist nämlich eben wegen ihrer Eidesunfähigkeit ganz unzulässig; dagegen ist es immerhin noch denkbar, daß in ihrem Interesse dem Gegner ein Haupteid zugeschoben würde, zu dessen Zurückschiebung derselbe niemals berechtigt ist, so daß er also nur in die Lage kommen könnte, ihn nach Ermessen des Gerichtes annehmen zu müssen. Der zugeschobene Eid ist also in solchen Processen eine Waffe, welche immer nur zum Nachtheil des Gegners eines Eidesunfähigen gebraucht werden kann.

3. Noch empfindlicher ist dies bei solchen Gründen absoluter oder relativer Eidesunfähigkeit, welche in einem Verschulden ihren Grund haben. Zwar scheint die Bestimmung des §. 419, Z. 3, nach welcher „Derjenige, welcher eines durch Betrug oder aus Gewinnsucht begangenen Verbrechens schuldig erkannt worden ist, auf Antrag des Gegners zum Erfüllungs- und Schätzungseid nicht zugelassen" werden kann [18]), sich auf den Haupteid nicht zu beziehen. Nun muß man aber damit in Verbindung bringen, daß es nach §. 420, Z. 2, dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleibt, ob eine Person, welche „eines anderen als im §. 419 bezeichneten Verbrechens oder eines aus betrügerischer oder gewinnsüchtiger Absicht begangenen Verbrechens oder einer solchen Uebertretung schuldig ist," „zur Ablegung eines von ihr angebotenen Eides zugelassen werden soll." Diese Bestimmung wird man aber nicht umhin

---

[17]) Auf den großen Unterschied, welcher zwischen der freien richterlichen Würdigung eines bereits aufgenommenen Beweises und der dem richterlichen Ermessen anheimgegebenen Entscheiduug über die Zulassung eines Beweismittels obwaltet, brauchen wir wohl nicht neuerdings aufmerksam zu machen.

[18]) Abgesehen von der stylistischen Härte, welche in der Wendung: „Kann auf Antrag des Gegners nicht zugelassen werden" liegt, bringt dieselbe auch in so fern eine Zweideutigkeit mit sich, als das Wörtchen „kann" im Entwurf ziemlich regelmäßig zur Hinweisung auf das richterliche Ermessen benützt wird. Ohne Zweifel ist nichts anders gemeint, als was §. 235 lit. c. ung. C. P. O. vorschrieb. Es wäre also wohl besser, zu sagen: Darf nicht zugelassen werden, wenn der Gegner Einsprache erhebt.

können, auch auf die in der Eideszuschiebung regelmäßig liegende **Anbietung zur Ablegung des zurückgeschobenen Eides** zu beziehen. Wie wird es nun zu halten sein, wenn eine der im §. 419, Z. 3, erwähnten Personen dem Gegner den Eid referibel zuschiebt? Wird man, sich an den nackten Wortlaut haltend, den Vorgang als einen völlig unbedenklichen behandeln? Wird man §. 419, Z. 3, oder wird man §. 420, Z. 2 anwenden [19])?

Ueberzeugt man sich, daß der wegen einer der gedachten strafbaren Handlungen Verurtheile auch bei Auftragung des rückschiebbaren Haupteides unter §. 420 falle, so gelangt man zu einer ganzen Pyramide von dem richterlichen Ermessen anheim gestellten Entscheidungen. Das richterliche Ermessen macht nach §. 420 den Eid zu einem rückschiebbaren; dann hängt von ihm ab, nach §. 446 diesen Eid dem Delaten aufzuerlegen, und nach §. 445 denselben zum juramentum ignorantiae zuzulassen!

4. Wer in Concurs verfallen ist, unterliegt ebenfalls der im §. 420 vorgezeichneten Beschränkung, eine Bestimmung, die sehr hart wirken kann und jedenfalls nur durch die bindende Kraft des Parteieneides zu entschuldigen ist. Wie steht es aber mit der **Eideszuschiebung** an den Gemeinschuldner? Sollte neben der C. P. O. noch eine Zeit lang die bisherige Concursordnung fortbestehen, so würde man sich zu fragen haben, ob das Hofdecret vom 19. April 1841, Nr. 518 J. G. S. (vrgl. §. 262, Abs. 2 ung. C. P. O.) als aufgehoben zu betrachten sei? Nach dem Entwurf der neuen Concursordnung (§. 116 und 125) kann wohl nicht daran gezweifelt werden, daß bei Liquidirungsprocessen der Gemeinschuldner möglicherweise als passiver Streitgenosse erscheinen kann. Sehen wir nun von diesen Auslegungsfragen ab, so läßt sich freilich nicht verkennen, daß es für die Concurs=

---

[19]) Die Vergleichung beider angeführter Stellen ergibt noch eine andere Incongruenz. Nach §. 420 kann das Gericht die Ausschließung vom Eide aussprechen, auch ohne daß ein darauf zielender Parteiantrag vorliegt; dagegen ist es freilich, auch wenn ein solcher Antrag vorliegt, nicht gehalten, demselben stattzugeben. Nach §. 419, Z. 3, gilt in beiden Richtungen das Gegentheil. Nun sind aber die dort erwähnten Eide ohnehin entweder angebotene oder richterlich auferlegte Eide. Man muß also fragen, wie sich beide Stellen zu einander verhalten? Es kann doch unmöglich gemeint sein, daß das Gericht den wegen Meineids Bestraften von der Ablegung des Eides nur auf Antrag, den wegen eines Duells, wegen Entführung u. dgl. Verurtheilten auch ohne solchen Antrag ausschließen könne? Vergleicht man freilich den §. 420 mit §. 236 ung. C. P. O., so müßte man fast annehmen, daß dies beabsichtigt sei.

masse sehr bedenklich werden könne, wenn der Gemeinschuldner durch eine Eideszuschiebung in die Lage gebracht werden kann, allein über Interessen zu verfügen, die nicht die seinigen sind; andererseits wäre es eine schwer zu rechtfertigende Härte, wenn es lediglich der Gläubigerschaft und ihrer Repräsentanz anheimgestellt sein sollte, den Proceßgegner des von ihm angerufenen Zeugnisses des Gemeinschuldners zu berauben.

5. Für den Proceßgegner eines wegen Verschwendung unter Curatel Gestellten kann ebenfalls der schon erörterte Uebelstand eintreten, daß ihm die Zurückschiebung des Eides verkümmert wird; nun kann es aber geschehen, daß diese Curatelverhängung eigens zu diesem Zwecke erwirkt wird.

6. Höchst eigenthümlich ist die Vorschrift des §. 419, Z. 4, nach welcher „einer Person, deren Aufenthalt unbekannt ist, kein Eid zugeschoben, noch für dieselbe ein Eid angeboten werden" kann. Man begreift diese Bestimmung, wenn man z. B. aus der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 14. August 1855, Nr. 8005 (Glaser-Unger Nr. 119) erfährt, daß um Erstreckung der Eidestagsatzung bis zur Auffindung des verschollenen Eidespflichtigen oder bis zur Constatirung seines Todes gebeten und eine derartige Bitte keineswegs unzulässig gefunden wurde. Dergleichen wird nun durch den Entwurf so ziemlich [20]) abgeschnitten.

Allein arg ist es doch, daß derjenige, welcher sich der Eideszuschiebung entziehen und zugleich seinen Gegner desjenigen Beweises berauben will, den dieser durch Ablegung des zurückgeschobenen Eides hätte herstellen können, dies einfach dadurch erreichen kann, daß er sich verborgen hält. Freilich, so lange man nur die Wahl hat, ob den eidlichen Versicherungen des Gegners eines Abwesenden unbedingt geglaubt, oder ihnen der Zugang gänzlich abgeschlossen werden soll, hat man nur zwischen zwei Uebeln zu wählen! — Noch schlimmer ist es, daß

[20]) Einige Schwierigkeiten dürfte es noch immerhin bereiten, daß §. 419, Z. 4, über den Zeitpunkt, in welchem der Aufenthalt unbekannt ist, gar nichts sagt. Was hat zu geschehen, wenn der Eidespflichtige sich nach der Zuschiebung oder Anbietung des Eides, jedoch vor dem bedingten Endurtheil entfernt? Kann und muß das Gericht auf diesen Eid erkennen? Man wird schwerlich sagen können, es sei die Partei dadurch eidesunfähig geworden, daß ihr Aufenthalt aufhört, bekannt zu sein. Auch §. 419, obgleich er zur Aufzählung der Fälle der Eidesunfähigkeit bestimmt scheint, spricht es nicht aus, daß der Verschollene eidesunfähig sei.

der Curator des Abwesenden dem Proceßgegner, der selbst von der Eideszuschiebung keinen Gebrauch machen kann, auch noch einen unzurückschiebbaren Eid auftragen und ihn so nöthigen kann, gegen sich Zeugniß zu geben, während Alles unberücksichtigt bleiben muß, was er für sich anführen und beschwören könnte!

Noch haben wir den Fall zu besprechen, wo „die Partei, welcher die Leistung eines Eides obliegt, vor der Eidesleistung stirbt oder eidesunfähig wird" (§. 438). Der Kürze halber sei es gestattet, blos von dem eingetretenen Tode des Eidespflichtigen zu sprechen.

Faßt man zunächst den Zeitpunkt in's Auge, in welchem der Tod eintreten kann, so muß man fragen, was zu geschehen habe, wenn der Tod vor Fällung des Urtheils erfolgt. Daß §. 438 hierauf nicht unmittelbar Anwendung finde, ergibt sich daraus, daß man vor dem Urtheile von Niemand sagen könne, es obliege ihm die Leistung eines Eides, — daß ferner §. 438 an drei Stellen als selbstverständlich voraussetzt, es handle sich in solchen Fällen zunächst um die Aufhebung eines Urtheiles oder um eine Entscheidung, welche auf der Fiction beruht, als wäre der Schwurpflichtige schon vor Auferlegung des Eides gestorben. Demnach wird wohl, wenn eine der beiden Parteien vor dem Urtheil stirbt, künftig nicht mehr (wie bisher manchmal in unserer Praxis geschah), dieses Factum im Urtheil unberücksichtigt bleiben können. Bisher war es so leicht möglich, daß der dem Verstorbenen auferlegte Eid für abgeschworen gelten konnte, daß es wenigstens nicht widersinnig war, wenn das Urtheil einem Verstorbenen den Haupteid auferlegte. Künftig wird die Fiction der Eidesleistung nur äußerst selten eintreten, und überdies die Alternative der Zurückschiebung im Augenblicke der Urtheilsfällung bereits erledigt sein. Es ist also nicht denkbar, daß das Gericht auf den Eid einer Person erkenne, deren Tod ihm amtlich bekannt ist.

Da indeß der Zwischenraum zwischen der mündlichen Verhandlung und dem Urtheil nur ein kurzer, und während desselben keine Gelegenheit geboten sein wird, dem Proceßgericht eine amtliche Mittheilung zu machen, dürfen wir voraussetzen, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit haben werden, die eingetretene Veränderung zu erwähnen und daran ihre Anträge zu knüpfen. Ohne Zweifel wird es in einem solchen Falle nur selten möglich sein, neue

Beweise vorzubringen [21]); wohl aber wird es möglich sein, die Eideszuschiebung und Zurückschiebung an die in den Proceß neu eintretenden Personen zu richten; also z. B. den Eid den Erben des Delaten neuerdings zuzuschieben.

Das muß man wohl auch in den §. 438, Abs. 1, hineininterpretiren, wenn er ein praktisch brauchbares Resultat liefern soll. Er räumt nämlich der Gegenpartei alle die Beweisführung betreffenden Befugnisse ein, welche ihr vor der Zuschiebung oder Zurückschiebung zustanden. — Nehmen wir nun zunächst den Fall eines zugeschobenen Eides. Derselbe ist angenommen worden und kann nun nicht geleistet werden; die Zurückschiebung ist durch die Annahme von Seite des Delaten ausgeschlossen, der Eid kann also den Proceß nicht entscheiden. Nun könnte freilich der Deferent neue Beweise vorbringen; allein diese werden ihm fast nie zur Verfügung stehen und es reduciren sich daher seine „Befugnisse" auf den Verlust des beweislos gebliebenen Anspruches, sofern man nicht das eben angedeutete Auskunftsmittel ergreift.

Ist nun gar der Deferent vor Ablegung des zurückgeschobenen Eides gestorben, so bedarf der Wortlaut des §. 438 dieser Nachhilfe noch dringender. Der Deferent war der Beweispflichtige; der Delat hat durch Zurückschiebung des Eides Alles gethan, was ihm oblag, und wenn der zurückgeschobene Eid nicht abgelegt wird, so ist der Proceß für ihn entschieden, man mag nun sagen, daß es ein den Erben des Deferenten treffender Unfall sei, der es verhindert, daß die Bedingung, von welcher der Sieg seiner Sache abhängt, erfüllt werde, oder man mag einfach dabei stehen bleiben, daß die durch die Eideszuschiebung versuchte Beweisführung resultatlos blieb, und also fehlschlug. Jedenfalls bedarf hier der Delat keiner neuen Befugnisse; er hat keine Veranlassung, statt der Zurückschiebung die Annahme des Eides jetzt auszusprechen oder gar einen Beweis zur Gewissensvertretung (§. 444, Abs. 2) anzubieten. — Wenn hier Jemand eines neuen Befugnisses bedarf, eine Veranlassung hat, die Aufhebung des Urtheils zu begehren, so sind es die Erben des Deferenten, die vielleicht verlangen werden, neuerlich zur Zuschiebung eines an sie rückschiebbaren Eides zuge-

---

[21]) Ich erinnere mich eines Falles, wo im Augenblick des Endurtheils einige im Proceß vernommene Zeugen durch Erbgang Proceßpartei geworden waren.

lassen zu werden — eine Forderung, die bedenklich genug ist, weil den Erben in diesem Augenblick ja bekannt ist, daß der Eid zurückgeschoben werden müsse! Oder sollte der Delat ihn noch annehmen dürfen?

Man sieht also auch hier ein Meer von Widerwärtigkeiten — eine Unzahl von verwickelten Verhältnissen, künstlich erst durch das Proceßgesetz geschaffen und wenig geeignet, der Wahrheit und dem Recht zum Sieg zu verhelfen. Auch hier sei es gestattet, das Gegenbild, das des Parteienzeugnisses, wenigstens anzudeuten. Angesichts der freien Würdigung der Zeugenaussage verschwinden fast alle Gründe, welche Eidesunfähigkeit herbeiführen. Der Tod der Partei wird allerdings wie der eines eigentlichen Zeugen, den Verlust eines Beweismittels mit sich bringen; allein er wird doch nicht jene Wahrheitserforschungsmittel lahm legen, welche aus der Aussage der Ueberlebenden zu erlangen sind. Ueberdies aber wäre vom Standpunkte des Parteienzeugnisses — mit einigen Vorsichtsmaßregeln — sogar eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß möglich.

V. Processualische Gestaltung der Beweisführung durch Eideszuschiebung.

Eine Betrachtung drängt sich sofort auf, wenn man die Rolle ins Auge faßt, die der zugeschobene Eid im Civilproceß der Gegenwart spielt. Bei seinem ersten Auftreten im römischen Proceß war er ein Mittel, den eben erst beginnenden Streit, mit Beseitigung jeder Verhandlung und Beweisaufnahme sofort endgiltig zu schlichten. Heute wird das Eidesverfahren an das Ende der Procedur hinter alle anderen Beweisaufnahmen, ja selbst hinter das Urtheil geschoben; der Parteieneid trägt, indem er Anlaß zu mancherlei Erörterungen gibt, nicht wenig dazu bei, das Proceßmaterial gewichtiger zu machen, — er erspart nicht die Vorführung anderer Beweismittel, wohl aber macht er es nothwendig, daß nach der Beweisverordnung und dem Endurtheil noch ein Proceßstadium zu durchlaufen ist, von welchem gar leicht sogar ein Weg an den Anfangspunkt zurückführt. Namentlich die Zerreißung des Beweisverfahrens, die er nothwendig macht, ist sehr zu beklagen.

Im Einzelnen sei es gestattet, Folgendes zu bemerken:

1. Die Vorschrift des §. 443, nach welcher der Delat (vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung) sich über Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu erklären hat, widrigens der Eid als verwei=

gert anzusehen ist, ist eine Verschärfung der in der neueren österreichischen Gesetzgebung sich äußernden, dem Delaten ungünstigen Abweichung von dem Princip der Josephinischen Gerichtsordnung. Diese behielt dem Delaten die volle Freiheit der Wahl zwischen Annahme und Zurückschiebung des Eides bis zum Augenblicke der Rechtskraft des bedingten Endurtheils offen. Dann ließ man zuerst eine rechtswirksame Zurückschiebung im Laufe der Verhandlung zu (§. 277 westg. G. O.); hierauf ward im §. 36 des Gesetzes über das summarische Verfahren und im §. 265 ung. C. P. O. die Zurückschiebung in der Verhandlung obligatorisch gemacht, an das Unterbleiben einer Erklärung darüber jedoch nur die Fiction der Annahme des Eides geknüpft. Nun geht man einen Schritt weiter und knüpft an das Unterbleiben einer bestimmten Erklärung die Präsumtion der Eidesverweigerung!

Ich kann diese Richtung der Gesetzgebung nicht gut finden. Es scheint mir dabei nichts gewonnen, als daß dem Verfasser des bedingten Endurtheils ein Theil der schwierigen Wendungen, die er zu machen hat, erspart wird. Geschadet wird aber in soferne, als die Partei zu einer voreiligen und unklaren Entscheidung gedrängt und dadurch die Versuchung zum Meineid gesteigert wird. So lange sich die Partei der Hoffnung hingeben kann, daß es zur Eidesleistung gar nicht kommen werde, so lange diese nur als eine entfernte Eventualität zu betrachten ist und überdies die Eidesformel nicht festgestellt ist, kann es gar wohl geschehen, daß eine unbedachte Annahme des Eides erfolgt. Nun ergeht das Urtheil und die Eidesformel fällt dem Schwurpflichtigen schwer auf die Seele. Nun möchte er gerne der Eidesleistung sich entziehen, allein der Ausweg der Zurückschiebung ist bereits verlegt und die Folgen des Nichtschwörens sind im Urtheil zu deutlich ausgesprochen, als daß nicht dadurch manches Bedenken beschwichtigt würde.

Die Verschlimmerung, welche §. 443 herbeiführt, ist aber sehr beträchtlich. Zur Annahme der Eidesverweigerung (und somit zur Fiction eines Geständnisses) ist gar kein Grund vorhanden; der Delat hat, wenn er nicht schwören will, immer noch das Auskunftsmittel der Zurückschiebung. Es ist gar nicht abzusehen, warum er dieses Mittel nicht ergreifen sollte, wenn er einerseits nicht schwören kann, andererseits seinen Widerspruch gegen den Beweissatz nicht aufgeben will. Wollte man also das Schweigen des Delaten auf eine ihm ungünstige, aber dem muthmaßlichen Stande der Dinge doch nahe kommende Weise aus-

legen, so könnte man nur sagen, der Eid gelte für zurückgeschoben. Ihn für verweigert erklären kann man nur, wenn man dadurch den Delaten strafen will. Ist man aber so gewiß, daß er Strafe verdient? Selbst wenn er absichtlich schweigt, weil er noch mit seinem Gewissen nicht im Reinen ist, verdient er keine Strafe. Nun kann es aber auch, zumal im mündlichen Verfahren, gar leicht begegnen, daß das Schweigen einfach im Uebersehen der Eideszuschiebung, in einem lapsus memoriae des Anwaltes, dessen Aufmerksamkeit durch andere Gegenstände abgelenkt ist, seinen Grund hat.

Der Entwurf fixirt ferner für die Erklärung des Delaten keinen Zeitpunkt; wir werden also annehmen müssen, daß sie in dem Fall, wo eine Beweisverordnung erging, bei Gelegenheit der Beweisausführung noch rechtzeitig erfolgen könne. Denke man sich nun blos den Fall, daß Zeugenbeweise angeboten sind und daß das Gericht dieselben nicht zuläßig findet, also sofort das Endurtheil fällt. Hier hat das Gericht den Eid als verweigert anzusehen, obgleich unter der entgegengesetzten Voraussetzung noch beträchtlich später die Annahme des Eides rechtswirksam erfolgen konnte, so daß es also von für den Delaten unberechenbaren Umständen abhängt, ob sein Schweigen bis zu einem gewissen Zeitpunkt bereits als Eidesverweigerung anzusehen sei!

Man muß nun aber noch die drückende Lage berücksichtigen, in welche der Delat gerathen kann, wenn er Einwendungen gegen die Fassung der Eidesformel, gegen die Eidesfähigkeit des Deferenten erhebt, wenn er ein bloßes juramentum ignorantiae ablegen will u. dgl., und wenn er nun schon vor der Entscheidung über diese Punkte sich definitiv erklären muß.

Nehmen wir an, er habe erklärt, daß er den Eid zurückschiebe, und nun erachtet das Gericht, daß die Zurückschiebung unzuläßig sei (§§. 419 und 420). — Oder der Delat leitet aus der von ihm behaupteten Eidesunfähigkeit des Deferenten Gründe gegen die Zuläßigkeit der Eideszuschiebung ab. Wenn er damit die Erklärung verbindet, daß er den Eid annehme, kann er da noch auf eine sorgsame Würdigung seiner Einwendungen rechnen? Wird das Gericht nicht geneigt sein, lieber das so nahe gelegte Mittel, die Sache zum Austrag zu bringen, zu ergreifen? — Der irreferibel zugeschobene Haupteid soll nach dem System des Entwurfes offenbar nur ausnahmsweise zugelassen werden. Kann man aber glauben, daß das Gericht Bedenken tragen werde, auf

denselben zu erkennen, sobald die Annahme bereits vorliegt? Oder vielmehr, wird nicht das Gericht alle Einwendungen, die der Delat vorbringt, als nutzlose Behelligung ansehen, wenn damit die Erklärung der eventuellen Annahme des Eides verbunden wird? Und doch hat der Delat nur die Wahl zwischen Annahme und Verweigerung des Eides; bei der letzteren aber ist er der Gefahr ausgesetzt, daß das Gericht nach seinem Ermessen die Eideszuschiebung für zulässig erklärt, und darauf hin, da eben der Eid nicht mehr abgelegt werden kann, sofort die Folgen der Eidesverweigerung über ihn verhängt.

2. Auf den Eid wird nur durch bedingtes Endurtheil erkannt, und das nachfolgende Verfahren beendet in der Regel (Ausnahmen: §. 427, §. 438) ein „Beschluß," welcher ausspricht, ob der Eid geleistet oder verweigert worden, oder als geleistet oder verweigert anzusehen sei (§. 437). Dieser Beschluß ist nur Gegenstand einer — in der Regel die Vollstreckung des Urtheils nicht hemmenden — Beschwerde.

Der Beschluß, welcher auf diese Weise erfolgen muß, kann wohl nur ein Beschluß des Proceßgerichtes sein; in Fällen, wo die Eidesleistung vor einem ersuchten oder beauftragten Gerichte erfolgte, macht dies — im Gegensatze zu der bisher üblichen einfachen Bestätigung des Vorganges — neuen Zeit- und Kostenaufwand nöthig, der um so beschwerlicher ist, weil eben die Nachtheile des bedingten Endurtheiles trotzdem getragen werden müssen. Daß nämlich dieses System, trotz seiner großen Einfachheit, auch keineswegs frei von Nachtheilen und Schwierigkeiten sei, darüber Erfahrungen zu sammeln, hatte man gerade in Oesterreich reichliche Gelegenheit. Die wichtigsten dieser Nachtheile sind:

a) Das System macht oft Complicationen der Verhandlung und der Fassung des Urtheils nothwendig, die im schriftlichen Verfahren schon lästig genug sind, im mündlichen leicht unerträglich werden können. Die „erläuternden Bemerkungen" geben sich zwar (S. 61) der Hoffnung hin, daß das bedingte Endurtheil künftig viel einfacher sein werde, und das ist in so fern richtig, als das Urtheil nicht mehr die Möglichkeit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zurückschiebung zu berücksichtigen braucht. Allein da es sehr leicht vorkommen kann, daß der Ausgang des Processes von mehreren theils an sich verschiedenartigen, theils verschiedenen Personen obliegenden Eiden abhängig zu machen ist, da es nothwendig sein wird, die verschiedenen aus der Ablegung oder Nichtablegung jedes einzelnen sich ergebenden Consequenzen im Endurtheil zu

ziehen: so wird dieses mitunter schwerfällig genug ausfallen. Nun kommen erst noch die von der Entscheidung der Hauptfrage abhängigen Nebenpunkte, welche Gegenstand factischer und juristischer Erörterung sein können, hinzu. Es kann in Processen, in welchen eine Beweisverordnung in — nicht ganz sicherer — Aussicht steht, geschehen, daß diese Nebenfragen zweimal ausführlich discutirt werden, und schließlich zeigt der Ausgang des Eidesverfahrens, daß die Discussion eine ganz überflüssige war. Man denke nur an Fragen der Zinsenverjährung, — an die Bemessung der Alimente in Paternitätsprocessen — an Entschädigungsfragen u. dgl.

b) Nach dem bedingten Endurtheil können sich neue Streitfragen herausstellen, durch welche man bisher in ziemlich arge Verlegenheit gerieth:

aa) Das Verlangen, daß die Eidesformel abgeändert, beziehungsweise die Ablegung nach einer vom Urtheil abweichenden Form gestattet werde, ist in unserer jetzigen Praxis etwas häufig Vorkommendes. Es sei gestattet, in dieser Hinsicht auf die in Nr. 71 und 72 der G. Z. 1865 gesammelten Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes zu verweisen. Daraus geht hervor, daß zwar öfter die Ansicht betont wird, es sei an der im rechtskräftigen Urtheil festgesetzten Eidesformel unbedingt festzuhalten, höchstens ein Schreibfehler, der sich in dieselbe eingeschlichen, zu berichtigen (s. namentlich Entsch. vom 24. September 1861, Nr. 5679, Glaser-Unger-Walther Nr. 1391), — daß aber doch in sehr vielen Fällen eine Abweichung von der im Urtheil aufgestellten Eidesformel, wenn sie als eine unwesentliche erschien, zumal wenn sie sich auf einen Thatumstand bezog, welcher in die Eidesformel nicht hätte aufgenommen werden sollen, gestattet wurde. In einem Falle war sogar der Eid selbst in den Entscheidungsgründen der zweiten Instanz für unerheblich erklärt, und nur wegen unterbliebener Appellation [22]) beibehalten worden. Der Eid war angetreten; allein das Gericht selbst veränderte die Eidesformel, weil es den Verdacht geschöpft hatte, daß der Schwurpflichtige sich an einen zweideutigen Ausdruck anklammere (es handelte sich um den Unterschied zwischen: „nicht angenommen“ und „die Annahme verweigert“) [23]).

---

[22]) Gegen solche Zwischenfälle bietet §. 735, Abs. 2 des Entwurfes eine sehr zweckmäßige Abhilfe.

[23]) Entsch. vom 28. Februar 1860, Nr. 2096; Glaser-Unger-Walther Nr. 1095. — In einem Falle (Entsch. vom 15. April 1857, Nr. 2821; Glaser-Unger

Der Entwurf berücksichtigt diesen Zwischenfall. Er gestattet jedoch die Abweichung von der urtheilsmäßigen Eidesform nur in der Weise, daß der Schwurpflichtige sich zur „Leistung eines beschränkteren Eides erbieten kann, wenn er frühere Behauptungen zurücknimmt oder Zugeständnisse an die Gegenpartei macht.“ — Ich bin nun der Ansicht, daß diese Bestimmung dem praktischen Bedürfnisse, wie es sich bisher bei uns manifestirte, nicht genüge. Aeußerst selten wird sich die vom Schwurpflichtigen gewünschte Aenderung unter den eben bezeichneten Gesichtspunkt bringen lassen. Fast immer wird seine Behauptung dahin gehen, daß die Differenz zwischen der urtheilsmäßigen und der von ihm vorgeschlagenen Eidesformel eine unwesentliche sei, also daß beide Eidesformeln gleich umfassend seien. Die Entscheidung dieser Frage ist aber gar nicht anders möglich, als indem man sich auf den Standpunkt des Verfassers des Urtheils zurückversetzt und das Urtheil von dem jetzt aufgestellten neuen Gesichtspunkt aus revidirt. Es ist in Wahrheit dieselbe Aufgabe, welche unter Voraussetzung des bindenden Beweisurtheils dem Richter nach der Beweisaufnahme zufällt, und welche man beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis ja eben für unlösbar erachtet. — Hier handelt es sich aber noch dazu um ein rechtskräftiges Endurtheil und vielleicht um ein in höherer Instanz ergangenes, und es hat große Schwierigkeiten, wenn auf eine solche Revision des Endurtheils eingegangen werden muß. Daß sehr oft dringende Veranlassung dazu vorhanden sein könne, beweisen die a. a. O. gesammelten Rechtsfälle.

Ein anderer großer Uebelstand ergibt sich daraus, daß das Bedürfniß des Gegners des Eidespflichtigen gar nicht berücksichtigt ist. Wenn er entdeckt, daß ein unvorsichtig gewählter Ausdruck, ein falsches Datum u. s. w. dem etwas elastischen Gewissen des Gegners zu Hilfe gekommen sei und nun eine Corrigirung der Eidesformel mit Recht wünscht — so kann er nach §. 427 des Entwurfes mit einem solchen

---

Walther Nr. 1019) nahm der Schwurpflichtige seine Bitte um Aenderung der Eidesformel zurück; er hatte nämlich um Weglassung der Worte: „in meiner Gegenwart“ gebeten. Die erste Instanz und der oberste Gerichtshof sahen in dieser Bitte die Erklärung, daß der Schwurpflichtige diesen Umstand nicht beschwören könne, und ließen denselben, da der Abänderung nicht stattgegeben ward, überhaupt nicht mehr zum Eide zu. Wieder in einem anderen Falle war der Eid von einem Ehepaar zu leisten und zwar über neun Thatsachen; von der Ablegung des Eides hing der Fortbestand eines Miethvertrages ab. Der Mann legte den Eid nur über acht Thatsachen ab, während die Frau alle neun beschwor. Der Eid ward für genügend erachtet. (Entsch. vom 20. Juli 1858, Nr. 6726; Glaser-Unger-Walther Nr. 598).

Antrag gar nicht gehört werden. Es sei gestattet, nur einige Fälle anzuführen, zumeist solche, bei welchen die Strafgerichte für die Mängel des Civilprocesses Abhilfe zu schaffen sich bewogen fanden. — In einem Falle lautete die Eidesformel: „A. habe nicht mit B. einen Gesellschaftsvertrag mit Bedingung der Theilung zur Hälfte geschlossen.“ Der Gesellschaftsvertrag war geschlossen, allein das angegebene Theilungsverhältniß nicht bedungen worden. In diesem Falle — in welchem übrigens mit Recht ein strafbarer Meineid nicht angenommen wurde — lag es offenbar nicht im Interesse des Schwurpflichtigen, sondern seines Gegners, daß die Eidesformel geändert werde [24]). Auch nach dem Entwurfe wäre letzterem nicht zu helfen. — In einem anderen Falle hatte der später wegen Meineides Verurtheilte eidlich in Abrede gestellt, „daß D. ihm die im Conto . . . verzeichneten Waaren geliefert habe.“ Nun war ein Theil der Waaren nicht geliefert, und die wirklich gelieferten waren nicht von D. selbst, sondern von einem Anderen für ihn geliefert worden [25]). Was beschworen wurde, war also buchstäblich wahr. Deßgleichen in einem anderen Falle, wo Jemand wegen falschen Eides verurtheilt wurde, weil er beschworen hatte, daß er den C. nicht beauftragt habe, die . . . Arbeiten bei B. zu bestellen; und wo nur so viel wahr gewesen, daß dem C. keine Person bezeichnet war, bei welcher er die Waaren bestellen sollte [26]). — In einem anderen Falle, wo die Klage auf Ausstellung einer Quittung ging und in der Eidesformel der Tag der Zahlung unrichtig angegeben war, legte der Delat den Eid ab, daß X. nicht am . . . gezahlt habe, und wurde wegen Meineides verurtheilt [27]).

Die hier angeführten Beispiele werden wohl ausreichen, um darzuthun, daß das Bedürfniß nach Aenderung der Eidesformel, sich fast immer unter Umständen äußert, unter welchen demselben nach der Bestimmung des §. 427 nicht wird entsprochen werden können.

---

[24]) Entsch. v. 2. August 1854, Nr. 8098, G. Z. Nr. 122. Die erste Instanz nahm an, es sei Sache des Schwurpflichtigen gewesen, auf Theilung der Formel zu dringen.

[25]) Entsch. vom 23. April 1852, G. Z. 92; Herbst Entscheidungen. (Zu §. 199 lit. a Nr. 10) S. 204.

[26]) Entsch. vom 7. März 1860, Nr. 2403. (Sammlung des Plaidirvereines, Nr. 121.)

[27]) Entsch. vom 27. Juni 1859, Nr. 6940 (Sammlung des Plaidirvereins, Nr. 71). Dieser Fall verdient besondere Beachtung, weil es sich um eine Abänderung der Eidesformel handelt, an welcher nur der Gegner des Schwurpflichtigen ein Interesse hatte, und weil das Datum in diesem Falle nicht als unwesentlich hätte wegbleiben können, da es ohne Zweifel auch im Klagebegehren erschien.

Andererseits kann diese Bestimmung sehr leicht zur Verschleppung des Processes mißbraucht werden; da der Antrag auf Aenderung der Eidesformel durch Urtheil zu erledigen ist.

bb) Nach bisherigem Recht ist noch im Augenblicke der Eidesleistung eine probatio pro vitando perjurio möglich (§. 231 a. G. O. und Hofd. vom 30. October 1788, Nr. 911 J. G. S.). — Dieser allerdings zur sonstigen Formstrenge der a. G. O. wenig passende Vorgang fällt künftig weg. Das wäre an sich nicht sehr bedenklich. Allein die Bestimmungen über die Wiederaufnahme gehen in ihrer im Allgemeinen gerechtfertigten Strenge so weit, daß selbst eine Urkunde nicht mehr die Wiederaufnahme möglich macht, wenn die betreffende Thatsache in Folge einer Eidesleistung der Gegenpartei vom Gerichte widerlegt erachtet worden ist (§. 777, Z. 6). Man wird nun fragen, was geschehen soll, wenn der Gegner des Schwurpflichtigen bei der Eidestagfahrt eine solche Urkunde vorzeigt? Blos die Fiction, daß bereits ein Endurtheil ergangen sei, wird es dem Civilrichter unmöglich machen, dieses neue Beweismittel zu berücksichtigen und ihn nöthigen, die Entscheidung des Strafrichters anzurufen, wenn der Schwurpflichtige sich durch die Urkunde von der Ablegung des Eides nicht abhalten lassen will.

cc) Das eben angedeutete Auskunftsmittel wird gegenwärtig nur zu häufig angewendet, noch häufiger aber die Drohung mit Strafanzeigen dazu benützt, ängstliche Gegner einzuschüchtern und von Eiden abzuhalten, die sie mit gutem Gewissen schwören könnten. Nicht ohne einigen Grund hat das französische Recht dem durch den Ausgang des Schiedseides Benachtheiligten jede Hoffnung auf Wiederherstellung abgeschnitten. Er wird nicht blos im Civilproceß zum Gegenbeweis nicht mehr zugelassen, sondern er darf auch nicht als Civilpartei vor dem Strafgericht auftreten, und selbst wenn die Staatsanwaltschaft eine Verurtheilung wegen Meineides erwirkt, kann diese nicht dazu benutzt werden, das Civilurtheil umzustoßen [28]).

---

[28]) Art. 1363 Code civil. Bonnier, Traité des preuves en droit civil et en droit criminel (3me Edit. Paris 1862), I., Nr. 426, 427, p. 541—545. Es ist dies nicht unbestritten; allein gerade die Gegner des im Text aufgestellten Satzes sind genöthigt, theilweise sogar noch weiter zu gehen; sie bestreiten nämlich der Staatsanwaltschaft das Recht, sich im Strafproceß solcher Beweismittel zu bedienen, welche im Civilproceß unzuläßig gewesen wären. S. namentlich Hoffmann: Traité théorique et pratique des questions préjudicielles en matière répressive. Bruxelles et Liège 1865. I. p. 416 ss. (Nr. 247--254).

Der Entwurf ist offenbar nicht gesonnen, sich hierin das französische Recht zum Vorbild zu nehmen; denn er gestattet die Wiederaufnahme des Civilprocesses, wenn das Urtheil auf einen falsch geschworenen Eid gegründet ward (§. 777, Z. 1). Trotzdem wird eine nach unserem bisherigen Recht nicht ganz entschiedene Frage wiederkehren: ob nämlich die Anzeige wegen Meineides ein ausreichender Grund sei, die Eidesleistung zu verzögern? — Nach §. 143 erfolgt zwar die Aussetzung des Civilprocesses, „wenn sich im Laufe eines Rechtsstreites der Verdacht einer strafbaren Handlung, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluß ist, herausstellt." Allein passen die Worte: „im Laufe des Rechtsstreites" auf ein dem rechtskräftigen Endurtheil nachfolgendes Verfahren [29]? Paßt der ganze Satz auf eine strafbare Handlung, die noch gar nicht verübt und auf eine Entscheidung, die schon ergangen ist? — Darüber wird man sich wohl hinaussetzen. Allein bedenklich ist gerade in diesem Falle, daß es nach §. 143 vom Gegner des Schwurpflichtigen abhängt, diesem eine Beschwerde gegen die Aussetzung des Verfahrens offen zu halten oder abzuschneiden, je nachdem er seinen Antrag zunächst an das Civil- oder an das Strafgericht richtet.

Nehmen wir ferner an, daß der Schwurpflichtige während des Strafprocesses stirbt oder eidesunfähig wird. Nach bisherigem Recht wäre in diesem Falle der Eid für geschworen erachtet worden; das war freilich schlimm, wenn die eben nur noch nicht beendigte Untersuchung die Falschheit des angebotenen Eides dargethan hatte; indeß konnten die Ergebnisse dieser Untersuchung vielleicht für einen Restitutionsproceß benützt werden. — Künftig wird aber §. 438 Entw. angewendet werden müssen, und in der Mehrzahl der Fälle werden hier die Erben des Schwurpflichtigen den Proceß verloren haben, gleichviel welches das Ergebniß der Untersuchung war.

dd) Bekanntlich ist die sehr nahe liegende Frage, wer die Kosten des Eidesverfahrens zu tragen habe, in dem langen Zeitraume der Geltung der a. G. O. nicht zum Austrage gebracht worden [30]. Der Natur der Sache und der Billigkeit entspricht es gewiß, daß diese Kosten derjenige trage, zu dessen Nachtheil der Beweis ausschlägt. Dem stellt sich aber die Natur des bedingten Endurtheiles entgegen und die Erwägung,

---

[29]) Passen sie dann nicht auch auf die Execution?

[30]) S. die Zusammenstellung oberstrichterlicher Entscheidungen in Nr. 73, Jahrg. 1865 der G. Z.

daß die Kosten dem Schwurpflichtigen „durch die Erfüllung einer als Bedingung seines Obsiegens ihm auferlegten Verbindlichkeit erwachsen und daher von ihm zu tragen sind“ (Entsch. des k. k. obersten Gerichtshofes vom 1. Februar 1859, Nr. 1036, Glaser-Unger-Walther Nr. 717). Diese Folgerung aus der Natur des Endurtheils wird auch künftig gezogen werden können, und in so fern geht daher die Controverse in das künftige Proceßrecht über. Allerdings aber dürfte es der entgegengesetzten Ansicht zum Durchbruch verhelfen, daß künftig die Festsetzung der Kosten nicht im Endurtheil selbst erfolgen muß, obgleich dies in der Regel geschehen soll. Ohne Zweifel wird in Zukunft jene Partei, welche durch Ablegung des Eides zu siegen hofft, die Festsetzung der Kosten erst nach der Eidestagfahrt erwirken und es werden dann die Kosten der letzteren als von der Entscheidung über die Hauptsache abhängig behandelt werden (§. 82 Abs. 1). Wenn aber das bedingte Endurtheil die zu ersetzenden Kosten numerisch festsetzt — womit übrigens der Uebelstand verbunden ist, daß oft die Kosten beider Theile liquidirt werden müssen — dann wird man auch künftig, wie bisher öfter geschah, die Rechtskraft des einen festen Betrag zusprechenden Endurtheils anrufen können, um den Anspruch auf Ersatz der Kosten des Eidesverfahrens abzuweisen.

Aus alle dem ergibt sich, daß das im Entwurf im Gegensatze zum französischen Recht angenommene System des bedingten Endurtheils große Bedenken gegen sich habe. Der Entwurf hat dasselbe noch geschärft, indem er alle mildernden Ausnahmen des deutschen Entwurfes beseitigte. Daß dies im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens geschehen sei, ist vollkommen richtig. Aber wo bleibt die Consequenz? Mit großer Vorliebe und, wie ich nicht umhin kann besorglich hinzuzufügen, mit großer Zuversicht hat man sich bei den anderen Beweisarten für die nicht bindende Beweisverordnung erklärt; nur beim Eid glaubte man das entgegengesetzte System durchführen zu können.

Aus Vorstehendem dürfte sich aber ergeben, daß das bedingte Endurtheil nicht immer zur Vereinfachung des Verfahrens beitrage. Im Wesentlichen scheint mir das französische System den Vorzug zu verdienen. Der Eid wird hier durch Urtheil auferlegt, ohne daß bereits die Folgen ausgesprochen werden. Je nach dem Ausfall des Eidesverfahrens pflegt dann der Unterliegende sich zurückzuziehen, so daß sodann das Endurtheil als Contumacialerkenntniß in einfachster Weise geschöpft

wird. Steht dagegen die Sache so, daß auch nach Ablegung oder Verweigerung des Eides Nebenpunkte zu besprechen sind, so ist sofort die Form für eine ordnungsmäßige Verhandlung geboten, und es wird daher die vorausgehende eventuelle Erörterung und Entscheidung dieser Fragen erspart.

Viel wichtiger aber ist, daß nach französischem Verfahren, wie es zumal Bomhard[31]) schildert, die Gerichte sich mit dem bloßen Nachsagen der Eidesformel durch den Schwurpflichtigen nicht begnügen, sondern von ihm eine zusammenhängende, durch keine Formel eingeengte Erzählung verlangen, und daß es dabei der Gegenpartei und dem Gerichte freisteht, dem Schwurpflichtigen durch den Vorsitzenden Vorhalte über unrichtige oder unwahrscheinliche Angaben zu machen, — daß sodann nach Anhörung der Parteien die Eidesformel definitiv festgestellt und nun erst zur Abnahme des Eides geschritten wird[32]). Dagegen hat der vorliegende Entwurf nur eine Bestimmung aufgenommen, welche dem Richter die Verpflichtung auferlegt, vor der Eidesabnahme sich die Gewißheit zu verschaffen, ob der Schwurpflichtige die zu beschwörenden Thatsachen richtig aufgefaßt habe, und ihn über dieselben nöthigenfalls aufzuklären (§. 431). Damit ist dem die Eidesverhandlung leitenden Richter (und dieser braucht keineswegs auch nur ein Mitglied jenes Gerichtes zu sein, welches auf den Eid erkannt hat) eine sehr weitgehende Macht eingeräumt, ohne daß irgend eine schützende Form festgestellt wäre. Wenn dieser Richter die im Urtheil aufgestellte Eidesformel auf eine Weise auslegt, welche dem gewissenhaften Schwurpflichtigen das Geständniß abnöthigt, er sei nicht im Stande, das, was hiernach in der Eidesformel liege, zu beschwören, so hat der Schwurpflichtige seinen Proceß verloren, ohne daß ihm gegen die vielleicht irrige Behandlung, die die Sache erfahren hat, irgend ein Rechtsmittel offen steht. Es kann aber auch geschehen, daß der Schwurpflichtige offen erklärt, er fasse die Eidesformel anders auf und halte sich darum für berechtigt, zu schwören. Kann das Gericht jetzt unter diesen Umständen den Eid für verweigert erklären? Und wenn nicht, wie soll die Sache nun ausgetragen werden?

---

[31]) Die Civilrechtspflege in der bairischen Pfalz (München 1861), S. 46–49.

[32]) Es ist einleuchtend, daß dieser Vorgang das Eidesverfahren in Frankreich der Entgegennahme eines Parteienzeugnisses sehr nahe bringt; noch näher kommt derselben das in den Artikeln 172–178 des Genfer Proceßgesetzes geregelte Eidesverfahren.

Doch ist es wohl die höchste Zeit, daß dieser ermüdenden Erörterung von Einzelheiten ein Ende gemacht werde. Ich glaubte sie mir und den Lesern nicht ersparen zu können, weil nur so sich darthun ließ, daß der zugeschobene Eid im heutigen Proceß eine Anomalie ohne sicheres theoretisches Fundament und die Quelle der empfindlichsten praktischen Uebelstände sein und bleiben müsse.

Schon aus diesen Erörterungen geht übrigens hervor, daß es sich hier nicht um eine unfruchtbare Negation handle. Der Haupteid würde eine Lücke lassen und man kann seine Beseitigung nicht vorschlagen, ohne ein Beweismittel bezeichnen zu können, welches an seine Stelle treten sollte. Dieses Beweismittel sehe ich in dem Zeugniß der Parteien selbst, in dem Sinne, daß jeder derselben das Recht eingeräumt wird, *in eigener Sache Zeugniß abzulegen und vom Gegner zu fordern.* Das Auskunftsmittel ist ein so einfaches, daß der Vorschlag fast schon mit diesen wenigen Worten ausreichend formulirt ist.

Selbstverständlich wird dabei vorausgesetzt, daß das Zeugniß der Parteien unter die allgemeinen Regeln über das Zeugniß falle, daß also nur Aussagen über persönliche Wahrnehmungen zugelassen und gefordert werden, — daß dagegen der richterlichen Würdigung des Zeugnisses alle Freiheit gelassen werde, und namentlich auch jene Bestimmung des Entwurfes entfalle, welche die Verwerflichkeit gewisser Zeugen statuirt. Als selbstverständlich wird man auch die Forderung ansehen müssen, daß der Zeugenbeweis, nicht, wie in den „erläuternden Bemerkungen" schon zugegeben wird, nur ausnahmsweise, sondern in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle vom Proceßgericht selbst in öffentlicher Sitzung aufgenommen werde. Wir möchten noch hinzufügen, daß den Parteien das *directe Fragerecht*, das sich im Strafproceß, wo es bedenklicher ist, vollständig bei uns bewährte, auch bei Aufnahme des Zeugen- und Sachverständigenbeweises im Civilproceß eingeräumt werden sollte.

Fragen wir uns, welche Bedenken der Vorschlag zu erregen geeignet sei, so scheint uns, daß es hauptsächlich zwei sein dürften:

1. Allzugroße Häufung der Eide und Gefahr des Meineides;

2. Mißbrauch der dem Proceßgegner auferlegten Nothwendigkeit, persönlich zu erscheinen, zu Vexationen und Chicanen.

Zu 1. Es läßt sich nicht verkennen, daß die Parteien bei Annahme dieses Vorschlages etwas öfter in die Lage kommen werden, unter ihrem

Eide auszusagen. Denn in jenen Fällen, in welchen jetzt der Delat den Eid weder ablegt noch zurückschiebt, würde künftig der Beweisführer sofort mit seinem Zeugniß hervortreten. Ferner würde öfter der Fall vorkommen, daß die Parteien widersprechende Behauptungen beeiden, und also wenigstens objectiv ein Meineid begangen wird.

Sehr großen Werth kann man auf die Vorzüge nicht legen, welche in dieser Hinsicht das System des Haupteides hat. Denn der erste Fall wird ziemlich selten eintreten und manchmal auch darin seinen Grund haben, daß der Delat sich einem gewissenlosen Gegner wehrlos gegenüber sieht. Der zweite unterscheidet sich nur wenig zu seinem Nachtheil von dem jetzt vorkommenden, wo die Parteien sich zu entgegengesetzten Eiden feierlich vor Gericht erbieten. Dagegen unterscheidet er sich davon zu seinem Vortheil eben dadurch, daß nicht der Zufall und das Proceßschicksal darüber entscheidet, welcher Eid angenommen und allein berücksichtigt werden soll, sondern der Richter in die Lage gebracht wird, die beiden Behauptungen zu hören, zu prüfen und gegeneinander abzuwägen.

Gerade das aber ist der große Vortheil des Parteienzeugnisses gegenüber dem Parteieneid, daß jenes die Aussage der Unwahrheit und den Sieg derselben erschwert und die Versuchung zum Meineide wesentlich vermindert. Denn die Gefahr für die Wahrheit besteht beim Haupteide gerade darin, daß der Beweisführer sich die Möglichkeit bereitet, die Sache zu entscheiden, indem er eine klug ersonnene Formel nachsagt, daß der Schwurpflichtige nur zu wollen braucht, und es ist ihm auch möglich, die Unwahrheit zu beschwören, und in einer den Richter bindenden Weise zu beschwören. In der Regel kann er das auch mit großer Sicherheit. Die zur Verfügung stehenden Beweismittel sind in dem Augenblick bereits benützt, ihr Ergebniß liegt vor; der Schwurpflichtige weiß, daß der Gegner nicht mehr zur Aussage und zum Schwur gelangen kann. Andererseits belehrt ihn das Urtheil darüber, daß er seinen Proceß unrettbar — und, wie er sich in den meisten Fällen vorreden wird, mit Unrecht — verlieren müsse, wenn er sich nicht herbeilasse, gerade nach dieser Formel zu schwören. Das Gegentheil alles dessen findet beim Parteienzeugniß statt: dem Zeugen wird nicht gestattet, mit einer einfachen Bejahung oder Verneinung einer vorbereiteten kurzen Formel sich aus der Sache zu ziehen; er darf nicht blos behaupten, er muß zusammenhängend erzählen; er darf

nicht blos erzählen, sondern muß den Grund seines Wissens angeben, auf Kreuz- und Querfragen Rede stehen; er kann sich nicht hinter einem zweideutigen Ausdruck verschanzen, freilich aber auch nicht sich in einen solchen, den ihm sein Gegner wie eine Schlinge hinlegt, unrettbar verfangen, mit dem klaren Bewußtsein, daß er verloren sei, wenn er nicht — falsch schwöre. Wenn der Zeuge lügt, so ist er in Gefahr, sich in Widersprüche zu verwickeln, und wenn er dieser Gefahr entgeht, kann es ihm immerhin noch begegnen, durch die Aussagen anderer Zeugen widerlegt und entlarvt zu werden.

So würde denn mit der Häufung der Eide die Abnahme der Meineide und noch mehr die Abnahme der zwar nicht falsch aber mit unehrlichem Rückhalte abgelegten Eide gleichen Schritt halten; Recht, Sittlichkeit und Wahrheit könnten dabei nur gewinnen. Ueberdies wird die nunmehr zugelassene Zeugenaussage der in der Regel am besten unterrichteten Personen die Aussage vieler anderer Zeugen überflüssig machen.

Wie leicht dies benützt werden könnte, um dem ganzen Verfahren mehr Zusammenhang und Einfachheit, und namentlich dem Beweisverfahren im Civilproceß jene Einheit zu geben, welche sich im Strafproceß als ausführbar und als so nützlich bewährte, und welche im englischen Civilproceß mit so viel überflüssiger Schwerfälligkeit des Verfahrens versöhnt, dies braucht hier nicht näher ausgeführt zu werden.

Zu 2. Persönlich vor Gericht zu erscheinen und dort einen Eid abzulegen, dazu kann jede Partei auch jetzt genöthigt werden; auch jetzt geschieht es daher sehr oft, daß Eide blos deßhalb zugeschoben werden, weil man darauf rechnet, daß der Gegner jedes Opfer eher bringen werde, als sich der peinlichen Eidesablegung zu unterwerfen. Allein jetzt kann dies so ziemlich jedesmal geschehen, wenn es der Gegenpartei beliebt; sie braucht sich nicht auf Gegenstände der persönlichen Wahrnehmung zu beschränken, kann sich ein Thema auswählen, welches ihr passend scheint, und hat nicht einmal zu besorgen, daß der Gegner, einmal vor Gericht vernommen, das zu seinem Nachtheil sorgfältig ausgewählte und eingehegte Terrain überschreite, auf welches ihn die Eidesformel beschränkt. Alles dies entfällt mit dem Zeugniß der Partei, welches überhaupt den großen Vortheil gewährt, daß der Beweisführer seine Sache von Anfang an verdächtigen würde, wenn er, statt selbst

für sich zu zeugen, wo er es doch können müßte, auf das Zeugniß des Gegners hinarbeitete.

Ueber die Belästigung, die übrigbleibt, hätten die Parteien am wenigsten sich zu beschweren; es ist ja nur dieselbe, die um ihretwillen auch unbetheiligten Dritten aufgebürdet wird. Gegen einzelne vexatorische Fragen, welche, über den Gegenstand des Processes hinausgehend, einem Proceßgegner gestellt werden, gewähren die Bestimmungen des Entwurfes (§. 336) ausreichenden Schutz, auch wenn, was dann unvermeidlich wäre, Z. 1 und 2 das. gestrichen würden, und die anderen Bestimmungen die selbstverständliche Einschränkung erführen, daß der in eigener Sache Zeugniß Gebende nur jene Aussagen verweigern dürfe, welche ihm einen anderen Schaden drohen, als welcher aus dem Verlust des Processes oder aus dem Zugeständniß der im Proceß geltend gemachten Thatsachen erwachsen müßte.

Die willkürliche Verweigerung des Zeugnisses durch die Partei würde natürlich nur die im §. 339 bezeichnete Folge haben, daß (hier im Hauptprocesse selbst) bis zum Beweis des Gegentheiles angenommen wird, daß die Partei die Thatsachen, welche durch sie bezeugt werden sollen, bestätigt haben würde.

Zum Schluß sei es gestattet, das Zeugniß der Erfahrung anzurufen.

Die ganze Entwicklungsgeschichte des Haupteides ist die Geschichte fortgesetzter Bestrebungen, demselben die Natur eines reinen Beweismittels zu verschaffen, und somit ihn zu einer Art des Zeugnisses in eigener Sache zu machen. — Schon früher ist erwähnt worden, daß das französische und noch mehr das Genfer Eidesverfahren der Zeugenbeweisaufnahme sich unverkennbar nähern. — Seit uralten Zeiten behilft sich der Züricher Civilproceß ohne den Parteieneid, und die Stelle desselben vertritt, freilich in nicht genügender Weise, die Befragung auf Verlangen der Gegenpartei [33]).

Ganz besonderes Gewicht aber ist auf die Erfahrungen in England zu legen, wo das Parteienzeugniß sich auf Grund eines sehr

[33]) Es ist dabei zu bemerken, daß auch die Zeugen in der Regel nicht beeidet werden. Die Parteien haben nämlich das Recht, nach der Vernehmung auf Beeidigung anzutragen; allein Obergerichtspräsident Ullmer (Der Züricher Civilproceß. Zürich 1861. S. 233) sagt, es sei ihm kein Fall bekannt, wo je eine Partei von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hätte.

bedächtigen Vorwärtsschreitens der Gesetzgebung einbürgerte. Ein alter Grundsatz des gemeinen Rechtes war es auch dort, daß Personen, welche vom Ausgang des Processes Nutzen oder Schaden zu erwarten haben, vom Zeugniß ausgeschlossen seien, und eben aus diesem Grundsatz ward auch die Zeugnißunfähigkeit der Parteien abgeleitet. Schon im Jahre 1833 ward die Beengung des Beweisverfahrens durch jenen Grundsatz so beschwerlich gefunden, daß ein Gesetz (st. 3 et 4 Will. IV. cap. 42) den Versuch machte, die Heranziehung mancher aus jenem Grund bedenklicher Zeugen zu ermöglichen. Das Gesetz bot aber „im höchsten Falle ein schwaches Palliativ" [34]), und zehn Jahre später ging das unter dem Namen Lord Denmans bekannte Statut 6 et 7 Vict. cap. 85 einen Schritt weiter; es ward verordnet, daß künftig Interesse am Streit oder Verurtheilung wegen eines Verbrechens nicht länger vom Zeugniß ausschließen sollte, „weil es besser sein werde, alle mögliche Belehrung über Streitfragen vor diejenigen zu bringen, welche sie zu entscheiden haben, und es ihnen zu überlassen, sich über die Glaubwürdigkeit der Zeugen und die Wahrheit ihrer Aussagen selbst ein Urtheil zu bilden." Trotzdem wurden die Parteien selbst und deren Ehegatten noch ausdrücklich ausgenommen. Diese Beschränkung ward aber bald darauf (1845) für die damals neu gegründeten Grafschaftsgerichte aufgehoben. Es ist bekannt, welch' glänzenden Erfolg diese Einrichtung hatte, welche im Lande der Friedensrichter, die freilich nie mit Civiljustiz sich befaßten, für geringfügige Rechtssachen ständige, den Parteien nahe wohnende Richter einsetzte. Vor allem ist dieser Erfolg auf Rechnung des Richterpersonals zu setzen, für welches man bei der vortrefflichen Dotirung (das Einkommen kann auf 1200 Pfd. St., also 12.000 fl. steigen) unter den tüchtigen und bewährten Mitgliedern des Advocatenstandes seine Wahl treffen konnte [35]). Einen nicht geringen Antheil daran hat aber auch die große Einfachheit des Verfahrens, zumeist erzielt durch die Einführung des Parteienzeugnisses. Schon am 14. August 1850 ward die Competenz der Grafschaftsgerichte und damit auch die Wirksamkeit der uns beschäftigenden Neuerung erweitert. Ein Jahr später (7. August 1851) brachte Lord Brougham ein Gesetz durch (st. 14 et 15 Vict. cap. 99), welches

[34]) Best, Englisches Beweisrecht (übersetzt von Marquardsen) §. 121.

[35]) Glaser, Ueber Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen. S. oben S. 321.

die im Gesetz von 1843 beibehaltene Beschränkung aufhob und ganz allgemein für alle Gerichtshöfe verfügte, daß die Parteien berechtigt und verpflichtet (competent and compellable) seien, Zeugniß in ihrer Sache zu geben. Abgesehen vom Strafproceß sollte diese Regel künftig nur auf Processe wegen Ehebruchs oder Bruches des Ehegelöbnisses keine Anwendung finden. Diese Beschränkung ward schon $1^1/_2$ Jahre später noch abgeschwächt; allein sie besteht in der Hauptsache noch immer fort. Im vorigen Jahre beantragte die Regierung die Beseitigung auch dieses letzten Restes; allein aus Gründen, welche nur auf diese Specialität Anwendung finden, ward das Gesetz im Oberhause durch Stimmengleichheit abgelehnt [36]). Wie dem auch immer sei, die bloße Thatsache dieses Gesetzesvorschlages ist ein neuer Beweis — wenn es dessen bei dem einstimmigen Urtheil aller Praktiker noch bedürfte — für den großen Werth, den das Parteienzeugniß überhaupt für die Vereinfachung des Civilprocesses und für den Sieg der Wahrheit in demselben hat.

---

[36]) Bemerkenswerth ist, daß der erfahrene Richter des Ehegerichtshofes (Court for divorce and matrimonial causes) sich entschieden für die Beseitigung auch der letzten Beschränkung aussprach. In einem Falle, wo wegen einer eigenthümlichen Connexität die Vernehmung der Parteien möglich war, drückte er im Schlußvortrag an die Jury seine große Befriedigung darüber aus: „Sicherlich ist es ein unermeßlicher Vortheil, daß Sie die Parteien selbst hören und sich über deren Aussage eine Meinung bilden konnten. Wäre dies nicht möglich gewesen — über wie viele Einzelheiten des Falles hätten wir uns dann kein Urtheil bilden können! Wie oft hätten wir Schlußfolgerungen durch Sprünge ersetzen müssen.“ (Times 26. Juli 1866.)

Ende.

Schulz